CAPÍTULO VI

La autonomía privada: sus limitaciones frente a las leyes imperativas y al orden público

La autonomía privada es un poder que el ordenamiento jurídico otorga al sujeto de derecho para que autorregule *sus* propios Intereses.

1. La autonomía privada como fuente de relaciones jurídicas y su (pretendido) deslinde conceptual con la libertad jurídica

La libertad es el ser del hombre'. Consiste en la posibilidad que tiene para realizarse como ser humano. Todo hombre es libre, pese a que no tenga conciencia de ello. La libertad no es absoluta; está tremendamente condicionada'. Estos condicionamientos pueden ser intrínsecos o extrínsecos. Uno

Se sostiene, basándose en el pensamiento de Jean-Paul SARTRE y Alphonse DE WAEHLENS, que "la libertad no resulta ser una 'facultad: una propiedad, de la cual el hombre *puede* disponer o no. El hombre no tiene o deja *de tener* libertad sino que 'el hombre e? libertad. Es albedrío. Y esta es su situación ontológica **en** el Universo. Esta libertad no es una propiedad del hombre sino 'el ser mismo de sil existenciaa' (Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO,Ei *derecho como libertad Preliminares pata una filosofía del derecho,* Studium, Urna, 1987, 59) Siguiendo Kart JASPEAS, se sostiene que la libertad le ha sido 'impuesta' al hombre como 'su responsabilidad: Por ser libre, el hombre es responsable de su existencia y de la de los demás con quienes coexiste. Y la patencia, la revelación de la libertad como iesponsabilidad, se produce en la angustia" (Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *op. cit.,* 60). Sin embargo, una autorizada doctrina filosófica española ha criticado fuertemente esta posición. Así, se pregunta: "¿No será oportuno volver los ojos con algún rigor **a** esta vieja idea de la *ataraxia?"* (Julián MARTAS, *Ataraxia y akionisn,o, El oficio del pensamiento,* Biblioteca Nueva, Madrid, 1958, 34). Para tal efecto, el autor se remonta a Iris corrientes escépticas, sobre todo a PIRRON, afirmando que 'el fin del escéptico es la impertubabilidad *(ataraxia) en* lo que depende de la opinión, y la moderación de las pasiones *(ntetriopatheia) en* lo necesario" (cit, 35). La ataraxia epicúrea "es una liberación del temor" *(cit.,* 37). Continúa el autor sosteniendo que 'de Zenón y Crisipo a Cicerón, Séneca y Marco Aurelio, la misma idea resuena a lo largo de medio milenio en las escuelas estoicas de Grecia y de Roma. La naturaleza coincide con lo que es racional; lo que importa es que el hombre se comporte *según la mzárt,* le pase lo que le pase" *(cit,* 38). En efecto, se trata de 'aguanta? pasivamente o de desinteresarse con indiferencia, sino de considerar a la situación en que se encuentra uno y las cosas en ella con mirada alerta para discernir, distinguir y hallar la

de los elementos del Derecho es la conducta humana, que no *es* más que la libertad fenomenalizada. El Derecho es intersubjetividad, que significa confrontación *de* voluntades.

Para autorizada doctrina española, la autonomía privada "es una consecuencia del concepto *de* persona y comiste en un poder que el orden jurídico confiere al individuo para que gobierne sus propios intereses. Es un poder de autorregulación *de intereses* y relaciones jurídicas propias desplegada por el mismo titular de ellas. Podría definirse como un poder de gobierno de la propia esfera jurídica". Agrega la citada doctrina que: "no se trata simplemente de reconocer un ámbito de libre actuación a la persona, sino de algo más. No es por esto autonomía privada lo mismo que la libertad individual. Reconocer libertad significa permitir hacer, dar al individuo una esfera de actuación. Reconocerle autonomía es reconocerle soberanía para gobernar la esfera jurídica. Existe autonomía cuando el individuo no solo es libre, sino que es además soberano para dictar su ley en su esfera jurídica".

Se sostiene qué el acto *de* autonomía es libre, eficaz, vinculante y preceptivo. Asimismó, se incurre en equívoco cuando se habla de "autonomía de la voluntad': porque «el sujeto de la autonomía no es la voluntad, sino el individuo, la persona, como realidad unitaria". Dentro de este contexto,

prosperidad y bienestar" *(cit.,* 39). Así, la ataraxia consiste en un término medio *(mesótes)y* no, en modo alguno, en la falta de reacción, impasibilidad o ausencia de indignación y coraje, que es expresamente censurada. No es, pues, falta de emoción, sino su mesura" *(cit.,* 40). Para el autor, 'la ataraxia consiste en un estado de *alerta,* que es serenidad y darividencia *en orden a la acción.* El valor en los peligros, y sobre todo en los peligros súbitos, inesperados e imprevistos, es una actitud hecha de serenidad, de calma perspicaz, que permite obrar con prontitud y acierto, aun sin una preparación previa Adviértase la enorme distancia semántica entre la abstención o suspensión de los escépticos, la 'apatía', la ausencia de perturbación y dolor de los epicúreos y este sereno y tenso estado de alerta frente a todo peligro inesperado" *(cit,* 40-41). La ataraxia griega corresponde al "sosiego español'. *(cit.,* 41). Así, "el hombre, aun en las situaciones más apretadas, es capaz de retraerse a sí mismo *y sosegarse,* acaso mediante un enérgico esfuerzo. Es siempre algo que el hombre hace, que tiene que lograr, pero cuando lo consigue no ha llegado a otra cosa, sino a si *mismo.* El sosiego es la autenticidad conquistada desde

la alteración o el enajenamiento" *(cit.,* 42). Por ello, comparto plenamente que "no es en la 'angustia' sino en esa 'calma que la supera ypone en ella orden, donde el hombre puede verdaderamente tomar posesión de su vida y, en efecto, 'existir'; en ella propiamente se humaniza" *(cit.,* 46).

3 Luis DIEZ-PICAZO y Antonio GULLON, *Sistema de Derecho Civil,* volumen I, 4, edición, Ter-

nos, Madrid, 1982, 3E7. 4 Luis DIEZ-PICAZO y Antonio GOLLÓN, *op. cit.* 5 Luis DIEZ-PICAZO y Antonio DUDAN, *op. cit.*

{ 5 I'

Capítulo VI: La autonomía privada

el negocio jurídico puede definirse "como un acto de autonomía privada. Autorizada doctrina alemana sostiene que "se llama autonomía privada al principio de autoconfiguración de las relaciones jurídicas por los particulares conforme a su voluntad. La autonomía privada *es* una parte del principio general de autodeterminación de las personar.

Calificada doctrina nacional, partiendo de una premisa iusfdosófica, ha entendido que "la libertad es el sustento de la voluntad"°. Dentro de esta línea de pensamiento, se afirma que: "cuando nos referimos al acto 'jurídico' como un acto 'voluntario', estamos haciendo dos simultáneas afirmaciones. La primera, que el acto 'jurídico, como cualquier otro acto, es una expresión contemporánea de la libertad que es mi existencia; y la segunda, que la voluntad no se presenta o se da solitaria, sino que se manifiesta conjuntamente con todas las demás potencias de mi *psique.* Es decir, con el discernimiento o inteligencia y con nuestros sentimientos o pasiones.

Se concluye que: "la 'autonomía' radica en la persona en cuanto esta es un ser libertad. Es el ser humano, en tanto ser libre, quien es autónomo o autárquico. Es en la libertad donde radica su autonomía. Es esta libertad la que sustenta o fundamenta la 'voluntad' y los demás ingredientes del psiquismo. Es su supuesto. Resulta equívoco, como se ha sostenido, referirse a la 'autonom.íd de la 'voluntad'. En todo caso, esta expresión debería entenderse como que la 'voluntad' es la expresión fenoménica de la autonomía inherente a la libertad constitutiva del ser humano'.

6 Massimo MANCA, *Diritto Civik, 3,11* Contrata', reimpresión. Giuffre, Milano. 1987, 9. 7 Werner FLUME, *'togado jurídico,* traducido por José María MIQUEL GONZÁLEZ y Esther

GÓMEZ CM rB 4• edición no modificada, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, 23.

8 Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El supuesto de la denominada 'autonomía de la voluntad', en*

Contratación contemporánea. *Teoría general y principios,* Palestra-Ternis, Lima-Bogotá, **2000, 243. El** autor afirma que 'la autonomía de

la que goza la persona en la esfera de las relaciones jurídicas encuentra en ella [la libertad] su fuente generadora. La llamada 'autonomía de la voluntad es una realidad básica y fundamental de lo jurídico, un principio de derecha El acto, producto de una decisión libre y actuado por la voluntad y las demás potencias o energías de la persona, se exterioriza en el mundo. *La* aplicación del principio de la autonomía de la voluntad se centrará jurídicamente ea la validez, el poder vinculante y en la calidad preceptiva de los actos que se sustentan, en última instancia, en la libertad' *(cit.).*

Cirios FERNÁNDEZ EESSAREGO, *op. cit.,* 251-252. Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *op.* cit. 254.

*151•1!

f

Juan Espinoza Espinoza *Introducción al Derecho pivado*

Como advirtiera al comentar el artículo I del Título Preliminar del C6digo Civil, para cierta doctrina brasileña, el negocio jurídico, a *través* de la autonomía privada, es otra fuente de derecho, por cuanto *positiviza* normas jurídicas". Según esta doctrina, el negocio jurídico es importante en tanto fuerza generadora de normas jurídicas no, en este caso, de generales, sino de normas particulares, porque solo vinculan a los participantes de la relación jurídica". De ello, se desprenden dos supuestos':

a) Que las partes se ajusten a los modelos previstos en las leyes dispositivas; b) Que construyan estructuras negociales atípicas que no corre-

spondan a los tipos elaborados por el legislador. A su vez, de esto se individualiza que existen dos tipos de autonomía": a) Autonomía creadora de normas jurídicas. b) Autonomía creadora de relaciones jurídicas. En el ámbito de la doctrina nacional también se admite que "el acto jurídico es una fuente formal del derecho, aun cuando las normas que generan sean de un alcance particular's. Se ha criticado, en opinión que comparto, que la autonomía privada, a través del negocio jurídico, sea considerada fuente de derecho. En efecto: "no cabe reconocer a la autonomía privada como fuente de normas jurídicas si por norma jurídica entendemos el mandato con eficacia social organizadora o con significado social primario. El poder individual carece de aptitud para crear normas de derecho. Puede, sin embargo, manifestarse como poder de creación, modificación o extinción de las relaciones jurídicas y como poder de reglamentación de las situaciones creadas, modificadas o extinguidas"16.

11 Miguel REALE, *Introducción al Derecho,* traducido por Jaime BRUPAU PRATS, 6' edición, Pirá-

mide, Madrid, 1984, 112. 12 Miguel REALE, *op. cit.,* 136. 13 Miguel REALE, *op. cit.,* 137. 14 Luis DIEZ-PICAZO y Antonio GULLóN, *op. cit.,* 388. 15 Fernando VIDAL RAWREZ, *El Derech Civil en sus conceptos fundamentales, r* edición, Gaceta

Jurídica, Lima, 2000, 207.

16 Luis DIEZ-PICAZO y Antonio GULLÓN, *op. cit.* El propio Miguel REALE define a la norma

jurídica como una ”estructura proposicional enunciativa de una forma de organización o de conducta que debe ser acatada de manera objetiva y obligatoria” *(op. cit.,* 74).

318

Iiiiiiiwill__,__ —-.’”’”’”’’’11111111111111,

Capítulo VI: La autonomía privada

De esta manera, el gobierno individual de las relaciones jurídicas en que el individuo toma parte, a través de la autonomía privada, se desarrolla en un doble sentido’7:

a) Es un poder de constitución de relaciones jurídicas; b) Es un poder de reglamentación del contenido de las relaciones jurídicas. Siguiendo la doctrina española citada, se afirma que: ”esta eficacia receptiva indudable de la autonomía privada ha hecho que algunos autores la consideren como fuente de derecho objetivo, ***es*** decir, como poder de eficacia de creación de normas jurídicas’: Sin embargo, se distingue entre normas jurídicas y el negocio jurídico, observando que: ”la diferencia estriba en que los preceptos del primer tipo (leyes, costumbres, etc.) tienen una eficacia primaria de organización social que les otorga el rango de normas jurídicas, mientras que los preceptos del segundo tipo (preceptos privados, negocios jurídicos) carecen de aquel significado, limitándose a servir de reglas de conducta en las relaciones interparticulares, lo que les priva de la categoría de normas jurídicas. Pero no puede negarse que todo acto de autonomía contiene un precepto, una reglan”.

En efecto, la autonomía privada, a través del negocio jurídico, crea normas (entendidas como reglas de conducta), las cuales son las relaciones jurídicas objeto del mismo (con efectos entre las partes); pero no crea normas jurídicas, las cuales, por su especial naturaleza, tienen eficacia social. Por ello, se sostiene que: ”basta tener en cuenta que la esencia de la norma consiste en un mandato general y abstracto, proveniente de un sujeto (una autoridad) superior, o bien en un acto heterónomo; el negocio, por el contrario, es una expresión de la autonomía de los particulares, a los que está permitido dar regla, por sí mismos, a *sus* propios intereses, pero no mandar a los demás, y con la asunción, por añadidura, de las cargas establecidas por las normas legales que regulan la materia y dentro de los límites que estas imponen”I9.

Otro sector de la doctrina española, es importante distinguir y evitar intercambiar los concéptos de libertad jurídica y autonomía de la voluntad.

Luis DIEZ-PICAZO *y* Antonio GULLON, *op. cit.* Luis DIEZ-PICAZO y Antonio COLD:N, *op. cit.,* 389. Emilio BETTI, Franceso GALGANO, Renato SCOGNAMIGLIO, y Giovanni Battista FERRI, *Teoría General del Negocio Jurídica q Estudios Fundamentales,* traducido por Leysser

LEÓN HILARLO, ARA Editores, Lima, 2001, 175-176.

Juan Espino= Espinan */ Introducción a/Derecho privado*

La libertad jurídica (que no define esta doctrina) consistiría en actuar libremente con trascendencia jurídica y tiene *dos* manifestaciones":

a) Constitutiva, que consiste en establecer, modificar o extinguir re-

laciones jurídicas. b) Normativa, que consiste en regular total o parcialmente esas rela-

ciones. Dentro de esta se encontraría la autonomía de la voluntad. Esta doctrina comprende aquí a la ley, la costumbre y a los principios generales del derecho y cae en el mismo error de confundir norma jurídica con norma-regla *de* conducta (y, dicho sea de paso, comparte la tradicional concepción de fuentes de derecho que incluye a los denominados principios generales del derecho).

Para esta doctrina "el negocio jurídico sería el instrumento técnico para realiiar la libertad jurídica, en cualquiera de sus aspectos, separada o conjuntamente'''. De ello tenemos que:

a) El matrimonio no es más que un negocio constitutivo, ya que la

libertad jurídica en esta institución está limitada a establecer dicha relación jurídica. La libertad normativa (autonomía de la voluntad) está sustraída a los particulares. b) El testamento es un negocio normativo parcial. c) El contrato de compra-venta *es* un negocio normativo total. En mi opinión, esta propuesta doctrinaria resulta interesante; pero está impregnada de un dogmatismo inútil. En efecto, la discusión acerca de si el negocio jurídico resulta ser un instrumento de la autonomía privada o de la libertad jurídica, acusa tintes de filigrana mental. Ello se verá con más evidencia cuando se analice la diferencia conceptual entre acto y negocio jurídico.

2. Esbozo para una introducción a la teoría del negocio jurídico

Se ha afamado que tres son las características de la figura conceptual del negocio jurídico':

Manuel GARCIA AMIGO, *Instituciones de Derecho Civil L* Parte General. Revista *de* Derecha

Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1979, 652. 21 Manuel GARCÍA AMIGO, *op. cit.* 22 Luis DIEZ-PICAZO y Antonio GULLÓÑ, *op. cit., Seo.*

Capítulo VI: La autonomía privada

2.1. Historicidad

El concepto de negocio jurídico surge a finales del siglo XVII y a principios del siglo XIX ”como una respuesta que los juristas teóricos dan a una serie de problemas prácticos y presupone una evolución determinada del pensamiento jurídico”.

Se afirma que ”el concepto o idea de *negocio jurídico* es una conquista de los civilistas modernos; en concreto, es la aportación básica de la *pandectística* alemana al aplicar el método inductivo deductivo, en combinación con el iusnaturalismo racionalista, al estudio de *las* Pandectas de Justiniano’.

Se sostiene que ”el vocablo *trzegotium’* se encontraba en los textos romanos yen los del antiguo Derecho español, pero [fue] usado con tanta variedad de sentidos que parecía inservible para el lenguaje técnico jurídico’s. A ello se agrega que ”desarrollando esta idea, Althusio (1617) trata, en la parte general de su sistema, del `negotium symbioticurn’ (de cooperación humana) como ’factun civile o negocio de este mundo, al que caracteriza como `actividad humana que precede al establecimiento de derechos’”.

Alcanzada por la dogmática civilista en el siglo XIX la distinción primaria entre acto y negocio, el primer instrumento legislativo en acoger el nuevo planteamiento, fue el Código Civil de Sajonia en 186327.

2.2.Abstracción

El negocio jurídico aparece como un supraconcepto28. El negocio jurídico ”es un concepto coextensivo al de la autonomía privada; reduce a una unidad conceptual toda posible manifestación de esta, tanto del derecho de

23 Luis DIEZ PICAZO y Antonio GULLÓN, *op. cit.* 24 Manuel GARCÍA AMIGO, *op. cit.,* 654. 25 Federico DE CASTRO y BRAVO, *El negocio jurídico,* Civitas, Madrid, 1985, 19. 26 Federico DE CASTRO y BRAVO, *op. cit.,* 20. 27 Cuyo artículo 88 establece que ”un acto cuya voluntad se dirige, en concordancia con las leyes,

a crear, extinguir o modificar una relación jurídica *es* un negocio jurídico” (en Manuel GARCÍA AMIGO, *op. cit.,* 655). 28 Se sostiene que ”la teoría del derecho se mueve *a* impulsos de sucesivas abstracciones y de su-

cesivas generalizaciones. Cada concepto procede de una abstracción de experiencias concretas” (Luis DIEZ-PICAZO y Antonio GULLÓN, *op. cit.).*

1

-

familia (acto de matrimonio, reconocimiento del hijo natural, etc.) y del derecho sucesorio (testamento), cuanto del derecho patrimonial (contratos, promesas unilaterales, etc.)”29. Se afirma que los juristas piensan en diversos grados de abstracción’’, así, al nivel de derecho comparado: ”el *common law* se ha detenido en el primer grado de abstracción: *contraer* es solamente aquello que en el *civil law* se define como contrato a título oneroso. El lenguaje jurídico corresponde al lenguaje ’de las cosas’; para el *common law,* es contrato lo que es tal según el sentido común, es decir, el acuerdo para el intercambio de una prestación con una contraprestación. El sistema romano-francés se ha detenido en el segundo grado de abstracción: el contrato puede ser a título oneroso o gratuito. El sistema romano-alemán ha llegado hasta el tercer grado de abstracción: el negocio jurídico puede ser unilateral o bilateral”".

29 Francesco GALGANO. E *negocio gluridico in Germanio e in Italia, en Atlante di diritto privato*

comparara, a cura de Francesco GALGANO y Franco FERRARI, Bologna, 1992, 53. En este sentido, se sostiene que el negocio jurídico ”es —un poco— como el hijo de un clima cultural particularmente sensible a las *conceptualizaciones y* a las sistematizaciones, derivadas del esfuerzo de introducir elementos de racionalización en el tronco del método iusnaturalistlco” (Giovanni Battista FERRI, El *negocio jurídico, en Teoría general del negocio jurídico* ***4.*** *Estudios fundamentales,* Emilio BEITI, Francesco GALGANO, Renato SCOGNAMIGLIO y Giovanni Battista FERRI cit 190). 30 La compraventa y el arrendamiento son acuerdos para el intercambio de prestaciones siempre y

cuando se trate de prestaciones distintas una de la otra; de ambos *se* puede obtener, por abstracción, el concepto de contrato como acuerdo para el intercambio de prestaciones;

- Segundo grado de abstracdón:

La donación tiene en común con la compraventa el hecho de ser un acuerdo para la ejecución de una prestación; pero en la primera no existe intercambio con una contraprestación. De ello se obtiene, por abstracción, un concepto de contrato que prescinde del intercambio de prestaciones y que presenta dos subespecies: el contrato a título oneroso, basado en el intercambio, y el contrato a titulo gratuito, no

basado en el intercambio;

- Tercer grado de abstracción: La compraventa, la donación y el testamento tienen en común el hecho de ser declaraciones de voluntad con las cuales se dispone de derechos propios; pero el testamento no requiere, como silo hacen la compraventa y la donación, de dos declaraciones de voluntad concordantes, destinadas a conformar un acuerdo: basta la voluntad del solo disponente. Por abstracción puede obtenerse, entonces, el concepto de declaración de voluntad, o negocio jurídico, del cual son subespecies, a su vez, tanto el contrato a título oneroso cuanto el contrato a titulo gratuito" (Francesco GALGANO, *El crepúsculo del negocio jurídico, en* Emilio DEM Francesco GALGANO, Renato SCOGNAMIGLIO y Battista FM" *»oda general del negocio jurídico* ***4. Estudios fundamentales,*** 103-104).

31 Francesco GALGANO, *op. cit.,* 104.

-I

Ea

Capfrulo VI: La autonomía privada

2.3.Instrumentalidad

El concepto *de* negocio jurídico, ”más que un término legislativo en sentido propio, es una construcción de carácter científico””. Dentro de esta posición, se alinea quien sostiene que ”el negocio jurídico *se* caracteriza por ser un instrumento puesto al servicio de los interesados para que ejerzan, con las limitaciones del ordenamiento, la potestad de establecer un precepto con un contenido reglamentador de sus interese?”.

Sin embargo, se afirma que ”el valor fundamental del negocio jurídico es un valor conceptuar”. Se sostiene así que ”el trazar las líneas generales del negocio jurídico, destacar el significado de sus elementos y poner de relieve su fundamento es una tarea necesaria para ver en conjunto y apreciar bien el significado institucional de la autonomía privada’’’. Ello debido a que, ”conocidas las reglas básicas y generales que rigen la autonomía de la voluntad, se podrán colmar las lagunas del texto codificado”36, pudiéndose ”librar del limbo jurídico”37 a determinadas figuras jurídicas.

3. Hecho, acto y negocio jurídico

El hecho jurídico es aquel acontecimiento o suceso (natural o humano) que tiene trascendencia en el mundo del Derecho, por cuanto el ordenamiento jurídico así lo ha establecido previamente en su normatividad.

3.1. Hecho jurídico

El ser humano, a lo largo de su vida y como ser ontoldgicamente libre, realiza una serie de acciones de diversa índole y, como consecuencia, dichas acciones tienen distintos efectos. Lo que habría que preguntar es por qué

32 Luis DIEZ-PICA70 y Antonio GULLON, *op.* cit. 33 Guillermo LOHMANN LUCA DE TEMA, *El negocio jurídico,* 2’ edición, Grijley Lima, 1994, 46. 34 Luis DÍEZ-PICAZO Y Antonio GULLÓN, op. cit., 501. 35 Federico DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.,* 23. 36 Federico DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.* 37 Federico DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*

algunas acciones tienen efectos jurídicos y otras no. La respuesta que se da *es* que entre acción y reacción hay un nexo causal, que es el ordenamiento jurídico. Sin dicho nexo no habría consecuencia relevante para el ordenamiento jurídico. Autorizada doctrina italiana afirma que: "por hechos jurídicos se entienden aquellos *acontecimientos* o aquellas *situaciones* (o *estados)* que produzcan una modificación de la realidad jurídica, o sea, un efecto *jurídico, y* que por eso son *jurídicamente relevantes.* Los hechos jurídicos son los *antecedentes necesarios (aunque no siempre suficientes)* para que se produzca un efecto, cualquiera que sea, en el mundo jurídico: sin hechos jurídicos (relevantes), el ordenamiento jurídico permanece inerte y no nacen efectos jurídicos"38.

Frente a esta posición, autorizada doctrina nacional prefería utilizar el *nomen* "hecho jurígeno"39 para referirse a todo hecho que produce una consecuencia de derecho. Lo que se debería precisar es que el hecho por sí mismo no produce efectos jurídicos, no los genera, ya que esto está condicionado por el ordenamiento jurídico y, por ello, me parece más propia la nomenclatura de *hechos jurídicos.*

Al utilizar la expresión *hecho jurígeno,* se está aludiendo a un hecho que de por sí genera consecuencias jurídicas. Esta nomenclatura confunde una realidad con una posible consecuencia. Al hablar de hecho jurídico ya se está haciendo referencia al resultado (hecho que produce consecuencias jurídicas). Dicha denominación no impide concebir la existencia de un nexo causal entre hecho y efecto.

En resumidas cuentas, es hecho jurídico aquel que produce efectos jurídicos, ya que el ordenamiento legal así lo prescribe. Aquí se configura la causa inicial (hecho jurídico) con la causa final (efecto jurídico), las cuales están vinculadas por un nexo causal (ordenamiento urij dico)40.

38 Franceses MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial,* traducido por Santiago SENTIS

MELENDO, tomo II, EJEA, Buenos Aires, 1979, 321.

39 José LEÓN BARANDIARÁN, *Tratado de Derecho Civil,* Concordado con el Código Civil de 1984,

Tomo II, WG Editor, Lima, t991, 23.

40 Así, se sostiene, con razón, que ”el hecho para ser hecho jurídico necesita una declaración de la

ley que vincula tal hecho a determinado efecto jurídico” (Jorge Eugenio CASTAÑEDA, *El negocio jurídica en Revista de Derecho y Ciencias Políticas,* volumen 36, No 1, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1972, 122).

Capítulo VI: La autonomía privada

1r7

3.2.Clasificación de los hechos jurídicos

3.2.1. Hechos jurídicos naturales

Son aquellos en los cuales no participa la voluntad humana y existe una presencia de los fenómenos de la naturaleza, que *son* la causa de dichos hechos". Pueden ser considerados hechos jurídicos naturales el nacimiento, la desaparición y la muerte. Por ejemplo, el transcurso del tiempo, recogido y valorado por el ordenamiento jurídico, puede asumir la calificación de plazo o término (acontecimiento futuro y cierto del cual dependen los efectos del acto jurídico)42. Insisto que el tiempo, por sí solo, no puede producir efectos jurídicos. Se requiere, como mencioné anteriormente, que el ordenamiento jurídico le dé relevancia a tales hechos.

3.2.2. Hechos jurídicos legales

Cierto sector de la doctrina nacional introduce la clasificación de hechos legales, manifestando que: "la ley sí es productora de consecuencias jurídicas modificando la situación pre-existente (cuando, por ejemplo, lo que era comerciable deja de serlo); pero aclarando que lo es de forma mediata yen ausencia del hecho o acto o de una voluntad consciente dirigida a obtener el efecto que la ley asigna. De alguna manera, podríamos llamarlos efectos colaterales. A tal fin, podrían mencionarse como ejemplos el caso de la hipoteca legal y el de la garantía por construcción'.

41

42

43

Así, "se les denomina bien naturales, bien hechos jurídicos en sentido estricto, bien hechos jurídicos, a secas, dando por sobreentendido que la expresión no abarca los hechos voluntarios (Manuel ALBALADEJO, *El negocio jurídico,* Bosch. Barcelona, 1993,18).

Asimismo, el tiempo puede producir los siguientes efectos jurídicos:

1. Prescripción, que puede ser: 1.1. Adquisitiva, cuando se adquiere un derecho (art. 950 cc y siguientes) 1.2. Extintiva, cuando se pierde la acción (art. 2001 c.c.) 2. Caducidad, pérdida de la acción y del derecho (arts. 2003, 16 cc). En puridad, lo que prescribe no es la acción (derecho público de solicitar al Estado protección jurisdiccional) sino la pretensión (el contenido del derecho de acción). Guillermo LOHMANN LUCA DE TENA, *op. cit,* 27.

Los supuestos de la hipoteca legal están regulados en los arts. 1110 y

45

1119c.c.

La ley, el orden jurídico o, si se quiere, el derecho, siempre recogerá hechos de la conducta humana, que luego son valorizados para después convertirlos en jurídicos, vale redundar, que tengan efectos jurídicos. En sentido estricto, la ley recogerá, ora hechos humanos, ora hechos naturales, mas nunca a la ley misma, ya que no puede recoger ni valorar ni asignarle efectos jurídicos a aquellos hechos, relaciones o situaciones que ya han sido recogidos, valorados *y juridizados,* como es el caso de la ley. Podremos encontrarnos frente a un acto, por ejemplo, un mutuo, que (entre otros efectos jurídicos) produce la hipoteca legal de la casa que se va a comprar con ese préstamo; pero no se puede entender que los artículos citados (1118.1, para ser exactos y 1119 c.c.), por tal motivo, son «hechos legales".

3.2.3. *Hechos jurídicos humanos*

Son aquellos en los cuales es relevante la voluntad humana. A su vez, los hechos jurídicos humanos se subdasifican en:

a) Hechos jurídicos humanos involuntarios

Son aquellos hechos que realiza el hombre; pero cuya consecuencia no es deseada e incluso pueden haber sido re2li7ados sin discernimiento o la voluntad ha sido viciada. Un supuesto sería el contemplado en el art. 219.1 c.c. (cuando lo realiza una persona

44 El cual regula que Además de las hipotecas legales establecidas en otras leyes, se reconocen las

siguientes

1. La del inmueble enajenado sin que su precio haya sido pagado totalmente lo haya sido con dinero de un tercero. 2. La del inmueble para cuya fabricación o reparación se haya proporcionado trabajo o materiales por el contratista y por el monto que el comitente se haya obligado a pagarle. 3. La de los inmuebles adquiridos en una partición con la obligación de hacer amortizaciones en dinero a otros de los

copropietarios’

45 Que prescribe lo siguiente ”Las hipotecas legales a que se refiere el artículo 1118* se constituyen

de pleno derecho y se inscriben de oficio, bajo responsabilidad del registrador, simultáneamente con los contratos de los cuales emanan.

En los demás casos, el derecho del acreedor surge de la inscripción de las hipotecas legales en el registro. Las personas en cuyo favor se reconocen dichas hipotecas, pueden exigir el otorga_ miento de los instrumentos necesarios para su inscripción”.

sin manifestación de voluntad), o cuando se configura error, dolo, violencia o intimidación (art. 221.2 c.c.). Entonces estos actos estarán atacados *de* Invalidez (nulidad o anulabilidad, según sea el caso). Hechos jurídicos humanos voluntarios Son aquellos hechos que se realizan, siguiendo al Código Civil argentino, con discernimiento, intención y libertad. Para autorizada doctrina argentina, el discernimiento es ”la madurez intelectual para razonar, comprender y valorar el acto y sus consecuencias”46, la intención es el ejercicio correcto del discernimiento’’, y la libertad es la facultad de elección entre varias opciones”. Estos hechos se distinguen en: 111) Hechos jurídicos voluntarios ilícitos

Es aquí donde surge la discusión doctrinaria. Se dice que estos hechos no constituyen actos jurídicos, en contraposición a los hechos jurídicos humanos voluntarios lícitos que, según el Código Civil peruano, son los únicos que pueden configurarlo. El razonamiento de este sector de la doctrina descansa en el hecho de que por ser ilícito se abandona la estructura del acto jurídico. Ejemplo de un hecho jurídico voluntario ilícito sería la simulación (arts. 190 y 191. c.c.). Para autorizada doctrina italiana, ”actos *ilícitos* (desde el punto de vista del derecho privado y prescindiendo de los actos ilícitos penales) son aquellos que, queridos por el sujeto que los realiza y cumplidos contra una norma de ley; producen un *daño* a otro sujeto; y, a causa de ello, importan, para quien ha realizado el acto, la obligación de *resarcir* el daño inferido. El acto ilícito puede ser *extracontractual o contractual.* En este

Santos CIFUENTES con la colaboración de Manuel Osvaldo COBAS y Jorge A. ZAGO, *Negocio jurídica Estructura. Vicios. Nulidades,* Astrea, Buenos Aires, 1986, 37. Santos CIFUENTES, *op. cit.,* 37. El autor afirma que la intención es la tendencia o dirección *de* la voluntad esclarecida por el discernimiento para ese hecho” *(op. cit.).* Santos CIFUENTES, *op. cit.,* 42. El autor sostiene que la facultad de elección puede recaer [tanto] sobre motivos propios del agente que toma la decisión, y es la libertad moral, corno sobre la posibilidad material de ejecutar o manifestar el acto, y es la libertad física *(cit.,* 42-43).

segundo sentido, coincide con el hecho del incumplimiento voluntario de una obligación"". Sin embargo, la doctrina que vengo citando distingue el acto ilícito del negocio Ilícito. En el primero ''un efecto jurídico (a cargo de quien lo comete, o *de* quien debe responder de *él) se verifica contra la voluntad* del agente'. En el segundo, "el efecto que perseguiría quien declara la voluntad *no se verifica, aun cuando sea querido"". En* el caso de los actos ilícitos, el efecto jurídico no querido al cual se está haciendo referencia es a la obligación de resarcir el daño. íos negocios ilícitos, a su vez, se subclasifican *en* negocios ilegales, negocios contrarios al orden público y negocios hunoraleP. Vistas bien las cosas, hay una exacta correspondencia entre el binomio "hechos jurídicos humanos voluntarios ilícitosactos ilícitos" y el de «actos ilícitos-negocios ilícitos". De tal manera, la "ilicitud" no será una característica ajena, incluso en los negocios jurídicos. b.2) Hechos jurídicos voluntarios lícitos

Tradicionalmente se les entiende como aquellos que no contravienen al ordenamiento legal imperantes' o los que

49 Francesco MESSSINEO, op. cit., 337. 50 Francesco MESSINEO, *op. cit.,* 478. 51 Francesco MESSINEO, *op. cit.* El autor afirma que *»en* general, el negocio ilícito es aquel al que

el ordenamiento jurídico no solo no presta su garantía, sino que le niega validez en consideración al hecho de que, aun siendo perfecto desde el punto de vista de sus elementos y requisitos, *se propone fines no-consentidos;* se tiene, aquí, un límite a la libertad o autonomía negociaL En tal negocio, debe tenerse en consideración la *causa* jurídica concreta en que se inspira; Incluso, la mayor parte de los negocios ilícitos está constituida, precisamente, por los que tienen *causa ilícita.* Se habla también de *contenido prohibido* (del negocio)' *(op. cit.).*

52 Francesco MESSINEO, *op. cit.,* 479-481.

53 Como pareciera interpretarse de la siguiente afirmación: 'no son dignas de protección jurídicas

(las conductas) cuando vulneran el orden público, las normas imperativas o las buenas costumbres, o atentan contra derechos legítimos de terceros, o estatuyan sobre el estado y la capacidad, o sobre atributos esenciales de las personas (cfr. artículo 5 Del Código Civil) en genenl que estén prohibidas por ley' (Guillermo LOHMANN LUCA DE TEMA, *op. cit.,* 80) *(el* subrayado es mío). En este mismo

sentido, quien sostiene que ilicitud, en términos amplios, es obrar contrariando a la ley, o sea, el acto reprobado por la ley" (Santos CIFUENTES, *Elementos de Derecho CÍvIZ* Parte general, 4• edición, Astrea, Buenos Aires, 1995, 260. De igual parecer es quien

ka

54 55

56

C,apítuto W. La autonomía privada

”no sea(n) contrario(s) a las normas de orden público ni **a** las buenas costumbre?”. Incluso, hay quien distingue una ”acepción objetiva y otra subjetiva de licitud”ss. Sin embargo, el concepto de licitud no debe ser confundido con el de legalidad. Esta última ”significa, en el sentido más amplio y general, existencia de leyes y sometimiento a las mismas de los actos de quienes les están sometídos”s6. La licitud, en cambio, es la conformidad con los valores jurídicos, entre ellos yen primer orden, la justicia. Es por ello que existe una

sostiene que al concepto de acto lícito ”se le define comúnmente como todo acto u omisión (faz activa y pasiva de la actividad), celebrados en cumplimiento de los preceptos legales o en uso de las facultades conferidas por ellos (Luis Marfa BOFFI BOGGERO, *Estudios Jurídicos. Primera Serie,* Cooperadora del Centro de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1960, 67). Particular mención merece quien, sosteniendo que la ilicitud es la violación ’de leyes que no pueden ser transgredidas”, establece que «la ilicitud puede resultar de una *ilegalidad* o de una *Inmoralidad;* ambas conducen al mismo resultado.

Para que haya *ilegalidad* es necesario que la ley transgredida sea de *orden público;* para que haya *inmoralidad,* con consecuencias en el orden juridico, es menester que haya un atentado contra las *buenas costumbre?’* (Victorio PESCIO VARGAS, *Manual de Derecho Civil,* tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1978, 305-306).

Fernando VIDAL RAMIREZ, *El acto jurídico,* 4’ edición, Gaceta Jurídica Lima, 1999, 130. Asi, desde el punto de vista objetivo, ’un acto es conforme al ordenamiento jurídico y, por tanto, lícito cuando no viola normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres: Por otro lado, «en su acepción subjetiva, el acto voluntario con el que se transgrede el ordenamiento jurídico es ilícito si el sujeto ha actuado con dolo o culpa; si falta el dolo o culpa, el acto es licito’ (Aníbal TORRES VÁSQUF2, *Acto jurídico,* San Marcos, Lima, 1998, 36-37). En mi opinión, en esta diferenciación existe una confusión entre ilicitud (juicio de valor respecto del acto) con el factor de atribución en materia de responsabilidad civil (que responde a la pregunta a título de

qué se es responsable): el dolo y la culpa son factores de atribución subjetivos. La licitud (o antijuricidad como prefieren otros) permite establecer qué daños son susceptibles de ser resarcidos (sise producen en el ejercicio regular de un derecho, en legitima defensa o en estado de necesidad, no son susceptibles de resarcimiento). El juicio de valor del acto dañino se desenvuelve en un escenario totalmente distinto del factor de atribución del mismo. Por lo tanto, un acto es ilícito no por que se haya realizado con dolo y la culpa, sino porque, a través de este acto, se há producido un daño, lesionando una situación jurídica digna de tutela. Sin embargo, debe tenerse presente que ”desde la vertiente de la Teoría del Derecho al ser jurídica toda la conducta humana intersubjetiva, debemos concluir que no cabe utilizar la expresión de ’antijurídica para calificar a determinada conducta humana intersubjetiva. En definitiva, deberíamos eliminar esta expresión del léxico jurídico, ya que no existe objeto alguno en el mundo del Derecho que responda a este vocablo. Existe lo jurídicamente permitido y lo jurídicamente prohibido, lo licito y lo ilícito, pero no lo ’antijurídico”’ (Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Algunas reflexiones sobre la antijurizidad del delito y las penas* privativas *de la libertad a la luz de la Teoría del Derecho,* en *Temas de Derecho, N° 3,* Lima, 1956, 31). Luis LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho,* 5’ edición, Bosch, Barcelona, 1979, 598.

afinidad conceptual entre ilicitud y acto conforme al valor justicia (vale decir, justo). En otras palabras, se podría decir, que legalidad es la conformidad con la ley, mientras que la licitud es la conformidad con la justicia, entendida corno la expresión unitaria e integrante de todos los valores de la convivencia, [que) presupone el valor trascendental de la persona humana y representa, a su vez, el presupuesto de todo el orden jurídico"57. Por ello, la acepción material de licitud (conformidad al valor justicia) debe prevalecer a la acepción formal (conformidad al dato legislativo).

A su vez, los hechos jurídicos voluntarios lícitos se distinguen en hechos jurídicos voluntarios lícitos con (o sin) sin declaración de voluntad o, como prefiere otro sector de la doctrina nacional, con (o sin) efecto inmediato de producir consecuencias jurídicas".

57

59

Miguel REALE, *Filosofía del Derecho 1. Introducción filosófica genen24* traducido por Angel HERREROS SÁNCHEZ y revLsado por Jaime BRUFAU PRATS, Pirámide, Madrid, 1979, 226. El autor afirma que "el bien considerado como valor social es a lo que denominamos propiamente como *lo justo y* constituye el valor fundente del Derecho" *(op. cit.).* Como diferencia, Lizardo TABOADA CORDOVA, *Elementos de la Responsabilidad Civil, Grijley, I* 2001, 15. Prefiere distinguir el hecho humano voluntario lícito «con o sin manifestación de voluntad en la medida que se logre exteriorizar la voluntad Interna mediante algún canal de comunicación expreso o a partir de la valoración de una serie de rasgos conductuales que conllevarán a una manifestación tácita" (Jorge BELTRAN PACHECO, *La revelación de lo oculto: la simulación del acto jurídico, mentiras y verdades,* en *Diálogo con la jurisprudencia,* arao 7, N' 37, Gaceta Jurídica, Lima, Octubre 2001, 93). Aníbal TORRES VÁSQUEZ, *op.* cit., 39. El autor sostiene que los simples actos lícitos que tienen trascendencia en la vida de relación social son regulados por el Derecho, confiriéndoles algunos efectos, previo el cumplimiento de determinados requisitos y con Independencia de lo que quiso el agente al llevarlos a cabo, verbi gracia, la adquisición de la posesión o el dominio de los bienes producto de estas actividades (los bienes producto de la caza, la pesca, la siembra, la cosecha, el cuadro, la estatua, etc.), surgiendo así en forma mediata relaciones jurídicas en las cuales los sujetos del deber son todos y cada uno de los miembros

de la colectividad que están en la obligación *de* no lesionar ese derecho de posesión o de propiedad. [..4 A los actos meramente lícitos con trascendencia Jurídica que se asemejan al acto jurídico, pueden serle aplicables las normas del acto jurídico. Pero si estos actos no guardan semejanza con el acto jurídico, como sucede con los actos reales, no es posible aplicarles las normas del acto jurídico, puesto que no se puede hablar de nulidad, anulabilidad, vicios de la voluntad, confirmación, etc. Los efectos de estos actos *serán* los que específicamente la ley les atribuye" *(op. tlt.,* 40-41).

x

Capitula VI: La autonomía privada

3.3 . Fattispecie o supuesto de hecho

Doctrina italiana que ha devenido en clásica ha advertido que se debe distinguir el hecho jurídico de *la fattispecie,* que se le llama también supuesto de hecho. Así, por *fattispecie* se entiende la peculiar *"figura jurídica,* o *situación típica,* o *hipótesis, a la que la norma se refiere,* con su precepto o prohibición, y que es el presupuesto o conjunto de presupuestos [...] *para la aplicación de* la norma misma y para la producción de los efectos jurídicos" 0.

La *fattispecie* es una abstracción normativa, especie del género hecho jurídico, a la cual sería mejor denominar *hecho genérico* o *hecho constitutivo.* La *fattispecie* precede a la norma y a los efectos de la norma cuando esta se convierte en un hecho factible, concreto, es decir, cuando se hace realidad61.

Como se mencionó, la norma jurídica regula a la *fattispecie,* ya sea admitiéndola o prohibiéndola. Asimismo se clasifica en62:

- *Fattispecie* simple cuando se trata de un presupuesto jurídico; - *Fattispecie* compleja cuando se refiere a un conjunto de presupues-

tos jurídicos.

La *fattispecie* simple y llanamente es un supuesto de hecho típico al cual la norma se refiere y lógicamente le adscribe un determinado efecto.

3.4.Acto jurídico

En la delimitación conceptual que traza la doctrina nacional tradicional, es el hecho jurídico, voluntario, lícito, con manifestación de la voluntad y efectos jurídicos. Así, se ha afirmado que el acto jurídico: "es una especie dentro del hecho jurídico, pues aquel descarta la involuntariedad y la ilicitud. Lo primero es indudable. La palabra misma 'acto' indica una determinación de voluntad. Mas algunos son de opinión de que el término acto jurídico debe comprender el hecho voluntario, tanto el licito como el ilícito

60 Francesco MESSINEO, *op. cit.,* 321. 61 Francesco MESSINEO,

op. cit., 322. 62 Francesco MESSINEO, *op. cit.,* 321.

(Enneccerus). Este parecer *es* inaplicable dentro de la sistemática **de nuestro** Código Civil, que asigna el carácter de licitud al acto **jurídico";.**

El art. 140 c.c. establece que "el acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas'''. Se afirma que "esta definición de raíz pandectística, con todo lo inconveniente que resulta para los intérpretes, y a pesar de su evidente discordancia con el espíritu del articulado subsiguiente -tomado del Código Civil italiano-, permite establecer un deslinde inicial entre la figura legislativamente considerada, fuera de cuál haya sido la intención del legislador, y todas aquellas otras manifestaciones de voluntad cuyo objetivo no tenga que ver con la mutación de una relación jurídica *(rectius,* **de una situación jurfdica)"65.**

La teoría del acto jurídico es producto de la doctrina clásica francesa, que no fue recogida por el *Code* ***Civil*** **francés de** 1804. Sin embargo, **dicha teoría fue asimilada, aunque con ciertas variantes, en Latinoamérica. Así, tenemos que fue recogida por el Código Civil chileno de 1857, por el** *Esbolo* **de Texeira de Freitas y por el Código Civil argentino, cuyo artículo 94466inspiró a Manuel Augusto Olaechea, quien en 1925 presentó en el anteproyecto**

63 José LEÓN BARANDIARAN, *op. cit.,* 36. 64 A propositito de la redacción de este numeral, se propone 'la supresión de la definición clásica

contenida en el artículo del Código y que se deje en libertad al intérprete de optar por una concepción o por la otra (acto o negocio jurídico), teniendo en cuenta que se trata de un tema doctrinario, bastante discutido y opinable como todos^ (Lizardo TABOADA CORVOVA, La *necesidad de abandonar la concepción clásica del acto Jurídico,* en *Thémis,* segunda época, N° 30, Lima, 1994, 65). 65 Leysser LEÓN M'ARIO, *Los actos jurídicos en sentido estricta Sus bases históricas* y *dogmáticas,*

en *Negocio jurídico* y *responsabilidad civil,* Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova, dirigido por Freddy ESCOBAR ROZAS, Leysser LEÓN HILARIO, Rómulo MORALES HERVIAS y Eric PALACIOS MARTINEZ, Grijley, Lima, 2003, 111. El autor agrega que 'las participaciones, por ejemplo, no hacen más que transmitir a otro un conocimiento o la declaración de un hecho: son actos declarativos,

pero no son actos negociales. En el régimen del Código Civil sobre el contrato de hospedaje, solo por citar un caso, se dispone que ’el huésped está obligado a comunicar al hospedante la sustracción, pérdida o deterioro de los bienes introducidos *en el* establecimiento tan pronto tenga conocimiento de ello’ (art. 1723). Dicha participación será decisiva para la eventual acción de responsabilidad civil contra el hospedante, porque esta queda excluida (a menos que medie dolo o culpa) si aquella no se efectúa. La relevancia para el derecho de dicho acto está, como se ve, fuera de discusión, no obstante su falta de conexión con la creación, regulación, modificación o extinción de situaciones jurídicas *(cit.).*

66 Este establece que ’son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos que tengan por fin inmediato

establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o ani. quilar derechos’

a la Comisión Reformadora del Código Civil peruano de 1852 la siguiente propuesta: ”son actos jurídicos los actos voluntarios y lícitos que tengan por fin crear, modificar, transferir, conservar o extinguir derechos’’’. El artículo 1075 del Código Civil de 1936 no defmió lo que es el acto jurídico”.

Según acreditada doctrina nacional, el acto jurídico se diferencia del negocio jurídico en los siguientes aspectos:

— El presupuesto de los negocios jurídicos es la declaración o ma-

nifestación de voluntad. No ocurre lo mismo en todos los actos jurídicos ni en los actos ilícitos por negligencia69. — La finalidad de las partes en el negocio *es* crear un vínculo; en los

actos no negocios, el vínculo aparece por imperio de la ley, sin tener su origen en una manifestación volitiva”. — La intención es indispensable en el negocio jurídico; no necesaria-

mente en el acto jurídico”.

Para aquellos que siguen la doctrina tradicional, el problema de la distinción entre acto y negocio jurídico se reduce al de una ”sinonimia conceptual”” y optan por el *nomen iuris* de acto jurídico ”por razones de tradición jurídica”73. Desde mi particular punto de vista, se observan las siguientes distinciones:

67

68

69 70 71 72

73

Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil peruano, creada por Supremo Decreto del 26 de agosto de 1922, 2’ edición, Fascículo N, Sesiones 101 a 120. Imprenta CA. Castrillón, Urna, 1928, 208. En el texto original, se comete un error (asumo tipográfico) al citar al artículo 978 del Código Civil argentino, como fuente inspiradora de la propuesta peruana, debiendo ser, como ya se señaló, el articulo 944 del citado cuerpo legislativo. Solo se limitaba a establecer los requisitos para su validez. *Así,* prescribía que «para la validez del acto jurídico se requiere agente capaz, objeto lícito y

obsenrancia de la forma prescrita, o que no está prohibida por la *ley.* Guillermo LOHMANN LUCA DE TENA, *op. cit.,* 52. Guillermo LOHMANN MICA DE TENA, *op. cit.,* 53. Guillermo LOHMANN LUCA DE TENA, *op. cit.* Fernando VIDAL RAMIREZ, *op. cit.,* 53. En este mismo sentido, quien sostiene que «para derecho peruano, las expresiones ”acto jurídico” y ”negocio jurídico« son sinónimas. La distinción entre ambas expresiones es solamente doctrinaria« (Aníbal TORRES WISQUEZ, *op. cit.,* 49). *Así,* Shoschana ZUSMAN TINMAN y Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE, *De los actos jurídicos. Anteproyecto sustitutorio, en Proyectos y anteproyectos de la Reforma del Código Civil,* tomo II, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Pera, Lima, 1980, 41. En sentido contrario, Lizardo TABOADA CÓRDOVA cuando sostiene que ”lo que no podemos afirmar en

Tanto el acto como el negocio jurídico son especies del género hecho jurídico; pero el negocio jurídico es una *sub specie* del acto jurídico. El acto jurídico se materializa a través de la manifestación de la voluntad (entendida como "la exteriorización de un hecho psíquico interno, que consciente y voluntariamente trasciende del individuo y surte efectos ante terceros con valor expositivo, aunque estuviera lejos del ánimo del agente el querer producir tales efectos")74; el negocio, a través de la declaración de la voluntad (entendida como "aquel acto responsable que exteriorizando la 'coordinación jerárquica de nuestros deseos; tiene como propósito producir efectos jurídicos mediante la comunicación de la voluntad contenida en la expresión")75. Nótese que la relación entre manifestación y declaración de voluntad es de género a especie'. Sin embargo, en ambos supuestos, las consecuencias jurídicas ya se encuentran predeterminadas por el ordenamiento jurídico. Dentro de esta concepción, es también acto jurídico el hecho humano voluntario ilícito. La licitud (o ilicitud) de un hecho humana voluntario no puede desvirtuar su naturaleza de acto. Para un sector de la doctrina, el *negocio jurídico* solo puede ser lícito cuando el ordenamiento jurídico faculta a las partes para autoregularse en virtud del principio de la autonomía privada y esta tendría como Emite su "fin lícito"77. Sin embargo, para otro sector de la doctri-

sentido alguno es que entre ambas nociones exista una relación de sinonimia conceptual. pues esta solo se dio en las versiones clásicas" *(op. cit.,* 65). 74 Guillermo LOHMANN LUCA DE TENA, *op. cit.,* 102. 75 Siguiendo a René DEMOGUE, LOHMANN LUCA DE TENA, *op. cit.* 76 Guillermo LOHMANN LUCA DE TENA, *op. cit.* 77 En este sentido, quien sostiene que 'como el efecto del negocio jurídico es protegido por el

derecho, es obvio que el negocio jurídico es solamente el acto licito, porque el ilícito —aparte de la eventual aplicación de normas penales- produce consecuencias contrarias a los fines perseguidos por el autor: el ordenamiento jurídico Impide que el acto produzca los efectos que pretendía (...) o constriñe a su autor a reparar la lesión causada a otro" (Giuseppe STOLFI, *Teoría del negocio jurídico,* traducido por Jaime SANTOS RUIZ, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, 2).

en opinión que comparto, también podría configurarse un negocio jurídico ilícito. — Lo que se legisla en el artículo 140 del Código Civil (teniendo

como antecedentes el artículo 1075 del Código Civil de 1936 y el artículo 1235 del Código Civil de 185279) no es el acto jurídico sino el negocio jurídico, porque alude a la intención de *las* partes para determinar sus efectos y a sus requisitos: - Agente capaz; - Fin lícito; - Objeto física y jurídicamente posible; - Observancia de la forma prescrita por ley bajo sanción de

nulidad. (en el caso de los actos *ad solemnitatem).*

Estos son los elementos propios de los negocios jurídicos. En mi opinión, el acto jurídico es aquel hecho humano realizado voluntariamente, licito o ilícito, del cual surgen efectos jurídicos. Ejemplos de actos jurídicos *tout court* son el reconocimiento de deuda (art. 1996.1 c.c.), la notificación de la cesión (art. 1215 c.c.), el hallazgo (art. 935 c.c.), entre otros.

El art. 1325 del c.c.ita. prescribe que:

”Los requisitos del contrato son: 1) el acuerdo entre las partes; 2) la causa; 3) el objeto; 4) la forma, cuando resulta que está prescrita por la ley bajo sanción de nulidad”:

MI

En sustancia, aunque el modelo italiano regule al contrato y el peruano al acto, la afinidad es innegable. Sobre el art. 1325, se sostiene que ”la doctrina más reciente se orienta en el sentido de negar a la norma que se considere de un apreciable valor normativo. Aquí se hace un relieve preliminar: la analítica del fenómeno, según el criterio de los elementos y requisitos que valen para construirlo, puede revestir cierta importancia [...] a efectos de su

78 Francesco MESSINEO, *op. cit.,* 478. 79 Este establecía que: ’’para la validez de los contratos se requiere•.

1. El consentimiento de las partes. 2. Su capacidad para contratar. 3. Cosa cierta que sea materia del contrato. 4. Causa justa para obligarse.

construcción y visión sistemática; pero no parece constituir un módulo adecuado y asumir un valor autónomo, en el sentido de expresar un mandato legislativo" °. No obstante el modelo italiano se refiere a los "requisitos" y el peruano los enumera a efectos de su "validez", en materia de nulidad, es forzoso interpretar sistemáticamente el art. 140 con el 219 c.c.

Se sostiene que identificar el concepto del acto jurídico con el de manifestación de voluntad *"es* inexacto y ha contribuido a oscurecer el concepto del acto jurídico'''. Ello en atención a que se debe entender que dicha manifestación crea un precepto o regla de conducta, que regulará una relación o situación jurídica.

33. Negocio jurídico

El negocio jurídico se configura cuando uno o varios sujetos declaran su voluntad, a efectos de autorregular sus propios intereses, creando un precepto (entendido como regla de conducta), que normará las relaciones o situaciones jurídicas que se han creado, modificado o extinguido.

Frente a la doctrina francesa que crea la teoría del acto jurídico, surge la doctrina alemana que instituye la teoría del negocio jurídico, que luego fue seguida por los españoles y los italianos. La teoría del negocio jurídico se origina en la corriente *pandectista* alemana' y se consagra, entre otros cuerpos legislativos, en el Código Civil alemán de 1900. El negocio jurídico es definido como "el acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros (acto de autonomía privada) y con el que el Derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico-

80 Recato SCOGNAMIGLIO, *Contrates in generale,* Zanichelli-Il Foro, Bologna-Roma, 1970, 65. 81 Lizardo TABOADA CORDOVA, *causa del negocio jurídico,* 2' edición, San Marcos, Lima

1999,42. 82 Se sostiene que ala categoría del negocio jurídico o declaración de voluntad nace del pensa-

miento y de la pluma de Daniel Nettelbladt, que la configura en el Sistema dementare universae lurisprudentiae posítivae de 1749, tomo I, sect. I, tlt. (Rodolfo SACCO con la colaboración de Paola CISIANO, *Ilfalto, l'atto, il negocio,* UTET, Torino, 2005, 277). En este mismo sentida, Konrad ZWEIGERT y Hein KOTZ, *Introduzione al Diritto amparato, II, /stituti,* edición italiana a cura de Adolfo DI MAJO y

Antonio GAMBARO, traducido por Estella CIGNA, Giuffré, 1995, 3 y Werner FLUME, *op. cit.,* 55.

336

soda! que caracteriza su tipo (típica en este sentido)”83. Doctrina nacional ofrece una aplicación que intenta Justificar la sinonimia conceptual entre acto y negocio jurídico basándose en doctrina española: el término francés *acte tiene* dos sinónimos, uno masculino que significa *acta* (documento) y otro femenino que significa *acto* (negocio). Al ser imposible usar el término *affaire* furtdiqué para traducir el negocio jurídico, se usó la locución *acte.* Por consiguiente, por una confusión en la traducción, se equiparó *acto* con *negado jurídico* para distinguirlo del *actast*

Para cierto sector de la doctrina española: ”la linea divisoria entre el negocio jurídico y el acto jurídico en sentido estricto deriva de la propia definición de aquel. En el negocio, el autor o autores autoregulan sus propios intereses, establece o establecen una norma de conducta vinculante para su satisfacción. En cambio, en el acto jurídico que consideremos se halla ausente todo contenido normativo. El agente no tiene el poder de configurar las consecuencias porque están predeterminadas por la ley’’’.

Doctrina italiana define al negocio jurídico como «una manifestación de la autonomía de la ”persona” que, con su propia voluntad, atiende a la satisfacción de *sus* necesidades mediante la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, que pueden ser o no patrimoniales (verbi gracia, derechos de familia). El negocio jurídico está formado, pues, por una o más declaraciones de voluntad dirigidas a tal fin’’’.

83

84

85

86

Emilio BET11, *Teoría general del negocio jurídico,* traducido por PascualMARTÍN PÉREZ, Revista de Derecho Privado, Madrid. 195931-52. Fernando VIDAL RAMÍREZ, *op. cit.,* 42. *En* este mismo sentido se afirma que la palabra acte serivirá tanto para Indicar la Handlung (acto) como el Rechtsgeschift (negocio)» (Rodolfo SACCO con la colaboración de Paola CELAN°, *op. cié,* 285). Luis DIEZ-PICAZO y Antonio GULLON, *op. cit.,* 504. Los autores afirman que »así, pues, estaremos ante un acto jurídico en sentido estricto cuando los efectos

del mismo sean obra exclusiva de la norma jurídica. Esta concepción deja fuera evidentemente del ámbito del negocio jurídico a los actos de autonomía de la voluntad que afectan a las relaciones familiares puras, al estado civil de las personas. Piénsese que, con arreglo a ello, ni el matrimonio ni la mancipación, por poner ejemplos significativos, son negocios jurídicos en realidad. Las personas utilizan aquí la autonomía para crear un estado civil, una relación familiar, pero no poseen el poder para conformar el contenido. La ordenación de la relación surgida está ya en la ley; es ella la que atribuye los efectos correspondientes en vista de los intereses generala de la comunidad» *(op. cit.,* 504).

Lodovico *Instituciones de Derecho Civil,* traducido por Ramón GARCÍA DE MARO Y GOYTISOLO **y** Mario FALcON CARRERAS, tomo I, Bosch, Barcelona, 1955,157.

Se afirma, con razón, que la noción de autorregulación de intereses privados, deducida de la consideración de la realidad económico-social, constituye el dato básico a tener en cuenta para establecer la noción de negocio jurídico"87.

Merece ponerse en evidencia que "la característica común de todos los tipos de actos que se comprenden bajo la abstracción 'negocio jurídico' consiste en que están dirigidos a la finalidad de constituir, modificar o extinguir una relación jurídica mediante la instauración de una reglamentación. Negocios jurídicos son los tipos de actos que, según el Ordenamiento jurídico, tienen la finalidad de que los individuos por medio de ellos configuren creativamente relaciones jurídicas conforme a su voluntad. La configuración de la relación jurídica ocurre por el hecho del que el que actúa negocialmente o varios en cooperación establecen una reglamentación, que, en virtud del reconocimiento del Ordenamiento jurídico, vale como Derecho"88.

Hace algunas décadas, de manera precursora en nuestro medio, se sostuvo que "el negocio jurídico es, pues, un acto jurídico como cualquier otro. Dicho negocio jurídico no produce efectos por sí, sino porque el ordenamiento jurídico lo reconoce y le presta su fuerza. Está contenida en él la voluntad del sujeto, pero los efectos del negocio derivan de la ler. Agrega esta doctrina que "el acto jurídico se distingue del negocio jurídico en que en este no solo encontramos una expresión de la voluntad del hombre, sino que se trata de una voluntad que persigue un fin que la ley protege y que es una voluntad manifestada, expresada, exteriorizada. No es posible concebir un negocio jurídico sin declaración de voluntad"80.

Otro sector de la doctrina nacional ha sostenido que: "el negocio jurídico está constituido por una declaración de voluntad privada encaminada hacia un fin práctico susceptible de producir efectos jurídicos previstos y

87 Renato SCOGNAMIGLIO, *op. cit., 140.* El autor afirma que la autonomía negocial conquista

y mantiene en la sociedad moderna, a través de episodios sucesivos, el papel de instrumento unitario para la regulación, con carácter jurídico, de las relaciones entre los sujetos privados. Por otro lado, la posibilidad de disponer de los propios intereses, en el ámbito de las relaciones sociales y económicas, representa el elemento esencial de la libertad misma de la persona y constituye, hoy en día, un valor irrenunciable de la civilización humana *(op. cit., 135-136).*

Wemer MIME, *op. cit.,* 50. Jorge Eugenio CASTAÑEDA, *op. cit.,* 154. Jorge Eugenio CASTAÑEDA, *op. cit.,* 185-186.

aun imprevistos. Es decir, pues, que no se basta la voluntad interna aunque sea legítima; es necesario que dicha voluntad se exteriorice.

El negocio jurídico es manifestación de voluntad dirigida hacia un fin práctico y lícito (si fuera ilícito, no sería negocio jurídico)'.

Merece particular atención la doctrina que afirma que el negocio jurídico "es un mandato particular de origen eminentemente social que determina una nueva situación económica y jurídica que depende del ejercicio de la autonomía atribuida al privado'''.

Para la doctrina nacional que más rigurosamente ha defendido la autonomía conceptual del negocio jurídico, este es entendido como la: "declaración o dedaraciones de voluntad de derecho privado que por sí o en unión de otros hechos, estarán encaminadas a la consecución de un fin práctico, lícito y admitido por el ordenamiento jurídico, el cual reconoce a tales declaraciones como el sustento para producir efectos prácticos queridos y regular relaciones jurídicas de derecho subjetivo. Es decir, el derecho recoge una pretensión social y económica establecida por los agentes y le atribuye, luego de merituarla, un valor jurídico"".

Sus características son las siguientes": a. El negocio jurídico es una figura de derecho privado. b. Entre el contenido de la voluntad y el efecto que el Derecho atribu-

ye a un negocio, no hay una inmediata relación de causalidad. c. Las consecuencias jurídicas son paralelas a las de carácter econó-

mico o social que los agentes han querido estatuir. d. Los efectos serán esenciales, naturales o accidentales. e. La declaración de voluntad, o el acuerdo de varias, puede requerir

en ocasiones de otros supuestos para obtener la finalidad práctica deseada (no el nacimiento del negocio).

91 Raúl FERRERO COSTA, *El negocio jurídico,* Rocarme, Lima, 1974, 63-64. 92 Eric PALACIOS MARTINEZ, *Algunos apunta dogmáticas sobre d concepto de negocio jurdico,* en

7hémis, segunda época, N° 30, Lima, 1994, 77. 93 Guillermo LOHMANN LOCA DE TENA, *op. rit.,* 46. 94 Guillermo LOHMANN LOCA DE TENA, *op. cit.,* 47-48.

f. El negocio aspira al logro de un fin que normalmente reviste un aspecto económico.

Se afirma que ”en el caso del negocio jurídico el sujeto crea la regla que disciplina los intereses perseguidos (yen efecto, se habla del negocio en términos de *autorregulación de compromisos),* de tal manera que los efectos que se generan no podrán no responder a su intención.

En el caso del acto no negocial, en cambio, la autonomía privada se desarrolla, con la finalidad de lograr dichos intereses, ya no por la creación de la disciplina, sino exclusivamente en la elección del medio ofrecido por el ordenamiento jurídico. No existe, por consiguiente, ninguna participación del sujeto en la elaboración de la regla, sino solo una utilización de instrumentos de regulación que son fruto no de autonomía sino, como se suele técnicamente decir, de *heteronomia,* entendiéndose por *regla heterónoma* aquella dictada por poderes diversos y externos a la autonomía del privado, en particular, por el poder legislativo”95. Respecto de quienes sostienen que el negocio jurídico se distingue del acto jurídico porque en el primero los efectos jurídicos son establecidos por las partes y en el segundo, por la ley, se afama que: ”las declaraciones de voluntad por sí solas, o junto con otros requisitos, forman el supuesto de hecho de un negocio jurídico. Si la voluntad manifestada *es* capaz de producir efectos jurídicos es porque ha estado incorporada *en* un supuesto de hecho, *fattispecie, tatbestant,* presupuesto abstracto, porque ha formado parte de él. La voluntad manifestada por sí misma, si no está contenida en un supuesto de hecho, es incapaz de producir efectos jurídicos. El efecto jurídico nace como consecuencia de la realización del supuesto de hecho de un negocio jurídico, respecto del cual la declaración de voluntad es uno de sus requisitos. En el negocio jurídico, la declaración de voluntad es reconocida como fundamento de un efecto jurídico y este reconocimiento se produce a través del supuesto de hecho. El supuesto de hecho negocial es el conjunto de requisitos tenidos en cuenta por el ordenamiento jurídico, entre los cuales figura una o más declaraciones de voluntad, para la producción de efectos jurídicos”96.

95

96

Francesco GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato,* XII edición actualizada con referencias de doctrina y jurisprudencia, ESI, Napoli, 2006, 84.

I bardo TABOADA CORDOVA, *op, cit.,* 62-63. En este mismo sentido, se sostiene que ’’es prevalente la opinión que lo que fundamenta los efectos es el propio ordenamiento (en la norma) y que es irrelevante lo que el particular quiera conseguir con el negocio que celebra’. (Eric PA-

Resumiendo: los actos jurídicos en sentido estricto llenen lugar cuando no hay negocio". Se trata de actos voluntarios (no hechos que producen efectos jurídicos). Hay negocio cuando el autor o autores declaran su voluntad, a efectos de autorregular *sus* propios intereses", con la consecuencia de crear (modificar o extinguir) o regular relaciones jurídicas. En efecto, si abordamos al negocio jurídico desde un punto de vista socioeconómico (empírico), lo entenderemos como la autorregulación de los propios intereses y, si lo entendemos como categoría técnico-jurídica, será aprehendido como una declaración de voluntad destinada a establecer (en el más genérico de los sentidos) relaciones jurídicas.

Un sector de la doctrina nacional afirma que el negocio jurídico es la norma jurídica privada con contenido autónomo el cual el ordenamiento jurídico une los efectos jurídicos que las normas jurídicas públicas con el objeto de compatibilizar los propósitos objetivados (finalidad económico

LACIOS MARTINEZ, *op. cít,* Yo). El autor agrega que ala labor del ordenamiento por antonomasia sería la de calificación (por medio de criterios abstractos) de los intentos prácticos *para* elevarlos ala categoría de negocios jurídicos. Mientras no se realice esta calificación, los intentos prácticos podrán a lo sumo calificarse como negocios sociales. La idea de este reconocimiento por el ordenamiento de una realidad préexistente es importante a nuestro juicio: indica la trascendencia de lo social en lo jurídico, porque solo la constatación del fondo social permitirá propiamente al ordenamiento acercarse a la realidad social, que es intrínseca a su naturaleza de sistema de convivencia humana; se logra satisfacer la necesidad de hacer que nuestros sistemas jurídicos toquen piso, asuman su compromiso con la realidad y alcancen asá el objetivo de una auténtica convivencia social entre los seres humano? *(op. cit.,* 71). 97 Se afirma que 'el acto jurídico termina siendo una figura prácticamente residual, que se puede

recabar en sentido negativo, de algún modo, a partir de la figura del negocio; ello en razón de que todas aquellas hipótesis que no se pueden remitir al negocio jurídico terminan refiriéndose, por exclusión, al acto. Así, en las tendencias predominantes de la doctrina, la figura del acto jurídico está destinada a quedar oscilando entre el mero hecho jurídico (con el que comparte la naturaleza de presupuesto de efectos jurídicos preestablecidos legislativamente) y el negocio jurídico (por la presencia *en ambas* figuras, si bien con distintos papeles, del elemento vont:Ivo)" (Giovanni Battista *FERRI, op. cit.,* 212). 98 Como agudamente se ha observado, "si el negocio jurídico es considerado en

su realidad so-

cioeconómica, se presentará, sobre todo, como un instrumento que los sujetos privados emplear, para realizar *sus* propios intereses" (Giovanni Battista FERRI *op. cit., 198).* Se agrega que 'el autor o autores del negocio se valen de esta institución, esencialmente, para realizar finalidades personales, de naturaleza predominantemente (aunque no exclusivamente) económica. Ya en la realidad social, entonces, el negocio constituye el instrumento destinado a expresar regulaciones de intereses' *(op. cit.,* 216).

individual o causa concreta) de los particulares y la tutela jurídica del Derecho positivo”".

Se sostiene que ”en el negocio jurídico los efectos no han sido previstos con anterioridad ni taxativamente por el ordenamiento jurídico; los efectos deben vincularse, más bien, y según cada caso, con la declaración de voluntad (según las doctrinas más antiguas) o con la composición de intereses fijadas en la regla que el negocio (entendido como acto de autonomía) expresa’’’. No estoy *de* acuerdo con esta posición. Es una falacia sostener que la diferencia entre el acto y el negocio jurídico estriba en que los efectos jurídicos están predeterminados por ley en el primero y que los fijan las partes en el segundo. Tanto en el negocio jurídico como en el acto los efectos están predeterminados por el ordenamiento jurídico’’’. Lo que sucede es que, en el ámbito del negocio jurídico, los efectos están delimitados por normas supletorias, mientras que en el ámbito del acto jurídico, los efectos están predeterminados por normas imperativas o inspiradas en el orden público (y, si se quiere, en las buenas costumbres): justamente que la autonomía de la voluntad (a través del instrumento negocio jurídico) se puede desplegar (e imponer) sobre las normas supletorias y producir efectos jurídicos, porque así lo ha decidido (y predeterminado) el ordenamiento jurídico, como reconocimiento (y consecuencia, a su vez), obviamente, de la persona entendida como un valor (o como dice nuestra Constitución: un ”fin supremo de la sociedad y del Estado”)102. He aquí la verdadera diferencia, a mi modo de ver, entre el acto y el negocio jurídico.

99

100 101

102

Rómulo MORALES HERVIAS, *Estudios sobre teoría general del negocio jurídico,* ARA editores, Lima, 2002. 229. Giovanni Battista BERRI, *op. cit.,* 210. Así, se afirma que «es pertinente precisar, sin embargo, que dicha fuerza vinculante (de la regla negocial) no radica en el interior de la autonomía privada, sino más bien en un principio normativo externo a ella, expresado precedentemente, en el ámbito dela realidad social, con la regla de oro *pacta sant servanda”* (Renato SCOGI4AMIGLIO, *op. cit.,* 138). El fundamento constitucional de la autonomía privada lo podemos encontrar, en el ámbito nacional, *de* manera genérica, en el artículo 2, inciso 1, en la parte que consagra que toda persona tiene derecho ”a su libre desarrollo y bienestar” y, de

manera más específica, en el inciso 14 del mismo artículo cuando reconoce además el derecho ”a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”. Creo que la última fórmula debería ser más genérica (por un lado) y más específica (por el otro) y establecer que una persona tiene derecho `a celebrar actos jurídicos con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes imperativas ni de orden público”.

Autorizada doctrina nacional afirma que «la noción de acto jurídico tiene, en el fondo, dentro de su propia teoría, el mismo contenido que la del negocio jurídico en la teoría de este y que ambas cumplen adecuadamente su rol en el ámbito de sus respectivas teoría?".

La categoría del negocio jurídico ha sido acogida por la Ley No 27809, Ley General del Sistema Concursa(, del 05.08.02, cuyo art 66.1 establece que:

"El Plan de Reestructuración es el negocio jurídico por el cual la Junta define los mecanismos para llevar a cabo la reestructuración económico financiera del deudor, con la finalidad de extinguir las obligaciones comprendidas en el procedimiento y superar la crisis patrimonial que originó el inicio del mismo, en función a las particularidades y características propias del deudor en reestructuración".

Un sector de la doctrina brasileña parte de la premisa de que "no existe unanimidad de opinión""14 sobre la diferencia entre negocio y acto jurídico, así como advierte que, sin negarse "sobre la viabilidad de la distinción doctrinar", no se le encuentra a esta "ninguna utilidad práctica para la vida del Derechonl".

No obstante todo este planteamiento doctrinario —que es válido, al existir una serie de negocios (o de actos como prefiere nuestro Código Civil) tan distintos unos de otros— llama a cuestionamiento la presencia de un libro separado de acto jurídico cuando contamos ya con una sección dedicada a la parte general de los contratos, al matrimonio y a los testamentos ¿Qué tipo de actos jurídicos se regulan es este libro? ¿No se podría fusionar el libro de acto jurídico con la parte general de los contratos? Una audaz

103 Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE, *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del*

Libro *VII del Código Civil,* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1998, 40. El autor advierte que 'hay que actuar con prudencia respecto de pretender aceptar la prevalencia de la teoría del negocio jurídico sobre la del acto jurídico, "pues existe el peligro de no ganar nada con el cambio, ya que bien puede ocurrir que mediante ambas teorías se llegue a los mismos resultados» *(op. cit..* 38). Sin embargo, el mismo autor, se perfila con la identificación del codificador de 1984 de conservar la noción del acto jurídico *(op. cit.,* 41). 104 Rubens LIMONGI FRANCA, *Institupes de Direito Civil,* Saraira, Slo Paulo, 1988, 125. 105 Rubens LIMONGI FRANCA, *op.*

cit. 106 Rubens LIMONGI FRANCA*, op.* cit.

doctrina italiana ha observado que: ”ni el contrato en general del Derecho francés ni el negocio jurídico del Derecho alemán tienen referentes en el mundo de la realidad; existen solamiente *en* el mundo del Derecho, solo en el escenario jurídico verbalizado, como afirmaría la filosofía analítica. El contrato en general, aun en la limitada acepción de los *common lawyers,* se concilia mal con el emplrismo anglosajón y la literatura jurídica lo emplea como categoría descriptiva, mientras que en clave operativa se continúa haciendo referencia a los particulares tipos contractuales. La locución *contract ha* entrado en el *Uniform Comercial Code* norteamericano, pero solamente para designar la compraventa, como sinónimo de *sale”m7.*

En sentido contrario, se sostiene que: ”dado que el negocio jurídico es, precisamente, una categoría conceptual no se puede exigir que la ley adopte una posición explícita en relación con la misma, pero tampoco es dable deducir del silencio de la ley una indicación distinta de la que sigue (que sí puede compartirse): que es inoportuno efectuar una decisión de campo en una materia que hasta ahora suscita arduos debatesm”.

Debe tenerse en cuenta que este debate doctrinario se da en un contexto jurídico en el cual no hay una regulación jurídica del negocio en el ámbito legislativo (concretamente en el Código Civil italiano). Sin embargo, hace llamar la atención sobre la necesidad de contar con esta categoría conceptual, a escala doctrinaria (o si se quiere de dogmática jurídica) sin que ella, necesariamente, se encuentre regulada en un Código Civil (como sería en el caso peruano).

Es importante advertir que un sector de la doctrina pone en evidencia la ”crisis” del negocio jurídico, al observar que ”en la segunda mitad del novecientos la doctrina italiana comienza a reconsiderar críticamente la teoría del negocio jurídico, que se encamina a perder la importancia y la centralidad de las décadas precedentes. La doctrina cuestiona ambas funciones que habían justificado la creación.

107 Francesco GALG ANO, *op.* cit., 104.

108 Renato SCOGNAMIGLIO, *op. cit.,* 142. No obstante que el mismo autor posteriormente afirma

que ”la relevancia particular del negocio jurídico no constituye una mera abstracción conceptual; ella repercute, por el contrario, en la producción de *sus* efectos” *(op. cit., 177).*

La función práctica es puesta en discusión porque se evidencia que Justamente la *generalidad de la categoría determina generalidad y abstracción de sus contenidos,* escasa adherencia a los problemas específicos y a los Intereses concretos que se manifiestan en relación a los distintos actos de la autonomía privada. Con la pretens ón de considerar y tratar de manera unitaria actos tan diversos (como ventas y matrimonios, letras de cambio y testamentos, donaciones y adopciones, aceptaciones *de* herencia y constituciones de sociedades comerciales, etc.) se cae en el riesgo de perder aquella adherencia a la específica realidad socio-económica, que es necesaria para individualizar soluciones jurídicas adecuadas.

Se pone en discusión también la función ideológica del negocio: en el cuadro del mismo *proceso político-cultural que acompaña las crecientes restricciones públicas de la libertad contractual [...].* Además los procesos de objetivación del contrato -tanto en su dimensión empírica (estandarización, adhesión, despersonalización), cuanto en la dimensión de las reglas de tratamiento (teoría de la declaración) marginan ese dogma de la voluntad individual, con el cual la teoría del negocio se identificaba: aunque no haya faltado- merced a la obra de Emilio Betti (1890-1968), un notable intento de recuperación del negocio en clave objetiva, y precisamente en la clave de la doctrina preceptiva

La idea de negocio jurídico se encuentra así ocupando un espacio severamente redimensionado en la moderna cultura del derecho privado"".

Desde el punto de vista del derecho comparado, se advierte que el uso del concepto de *Rechtsgeschiift* (negocio jurídico) "está sobredimensionado"' por los juristas. Así; "en línea de máxima, solo el elemento de la declaración (Erklárung) es propio de toda una *clase* de actos que se vinculan al concepto de negocio jurídico'''. Esta "excesiva abstracción, imperante aún en el campo jurídico", "no acarrea ninguna ventaja, sino de carácter sistemático y no está, por ejemplo, en grado de realizar la tarea principal del derecho, es decir,

109 Vincenzo ROPPOJI *Contralto,* Giuffré, Milano, 2001, 68 y 69. 110 Konrad ZWE1GERT y Mein KoTZ, *op. cit.,* 6. En este mismo sentido, Rodolfo SACCO con la

colaboración de Paola GIMAN°, *op. cit, 296.* Konrad ZWEIGERT y Hein KÓTZ, *op. cit.*

la de facilitar modelos y criterios para la solución de conflictos”’”. Se puntualiza que, ”en nuestra opinión, un método funcional, como debe ser el del derecho comparado, no puede servirse útilmente del concepto del ’negocio jurídico’ ¿Esto quiere decir que el concepto del negocio jurídico no sirve? La respuesta correcta es la negativa. Simplemente debemos abstenemos de exageradas idolatrías dogmáticas que, al sobreestimar una categoría nos hagan olvidar lo evidente: su funcionalidad y utilidad práctica.

La conclusión a la cual podemos arribar es que, más allá de las etiquetas, debemos validar la utilidad de una categoría jurídica, llámese negocio o acto (como prefiere el Código Civil peruano), nos encontramos frente a un supraconcepto que nos va a servir como instrumento para encausar la autonomía privada, así como interpretar y regular las diversas variedades y especies de actos y negocios que surgen en la experiencia jurídica cotidiana.

4. El orden público y su deslinde con el concepto de imperatividad

El orden público es un conjunto de principios de diversa naturaleza (económicos; sociales, jurídicos, éticos, entre otros) que constituyen el pilar fundamental de la estructura y funcionamiento de la sociedad.

Con razón se sostiene que la autonomía privada, aparte de que solo pueda desarrollarse en el marco del *numerus clausus* de tipos de actos y relaciones jurídicas fijado por el ordenamiento jurídico, se limita además de diferentes maneras por el mismo ordenamiento. Prohibiciones generales y especiales restringen las posibilidades de actuación de la autonomía privada’’’. Dentro de las prohibiciones generales, se encuentran el orden público y las buenas costumbres.

112 Konrad ZWE1GERT y Hein *op. cit.,* 6 y7. 113 Koruad ZWE1GERT y Hein *op. cit.,* 7. 114 Wemer FLUME, *op. cit.,* 24. En este mismo sentido, se sostiene que, independientemente de la

noción que se tenga de negocio jurídico, ”es evidente que su nudo central continúa rodando, en modo irresoluble, en tomo de una suerte de competencia de fuerzas, por decirlo así, entre libertad del individuo y la autoridad del ordenamiento estatal, la cual se ha reconocido históricamente y se ha reservado la tarea (y el poder) de calificar jurídicamente dicha libertad’ (Giovanni Battista FERRI, *op. cit.,* 206).

.Y.rffflI'T19;z.n1

t°=

***Capítulo VI:La** autonomía privada*

El orden público es una "noción histórica y relativa, dirigida a desplegar una función en origen, esencialmente política, conservadora y actualmente interpretativa, integradora, así como, de salvaguardia de los principios fundamentales y de los criterios ordenantes del sistema jurídicos, expresados sobre todo en la Carta constitucional'''. Para una clásica doctrina "si se quiere entender el orden público fuera del campo de la ley, se va en contra a un piélago desconocido y sin confines'''. Esta posición positivista entra en manifiesto contraste con quien, en opinión que comparto, sostiene que, si la noción de principios generales del derecho es entendida en el sentido de "categoría generalísima de valores, 'que representa el fundamento mismo de la convivencia civil en una sociedad, considerada en su concreción histórica, resulta difícil no comprender entre los principios generales también al orden público y a las buenas costumbres'7, agregando que "estos son categorías generales de valores; índices, de una civilidad jurídica que le da forma al sistema y de la cual las mismas normas positivas son expresión y aplicación'''. Por ello, el orden público y las buenas costumbres son «valores que se encuentran insitos en el sistema considerado en su plenitud y, por consiguiente, no pueden ser extraídos, en vía de generalización, de las normas individualmente consideradas»"9.

Sobre el orden. público *se* afirma que «sería por demás dificil señalar cuáles son las normas legales de orden público. Permítasenos, pues, simplemente agruparlas de manera tal que, por su carácter queden comprendidas sino todas, sí al **menos gran parte dl esas normas. En primer** término se deben citar a todas aquellas que conciernen al estado civil y capacidad de las personas; a continuación a la organización de la familia• deberes y derechos de los cónyuges; deberes y derechos de la patria potestad; imposibilidad de constituir personas jurídicas distintas que las que señalan las leyes; leyes re-

115 Laura DI BONA, M. Cristina DE CICCO, Lanfranco FERRONI y Aquila VILELLA, *Le ne-*

gaziali di &Hito comiste, speciali e virtuali, a cura de Lanfranco FERItONI, Giuffre, Milano, 1998, 167. 116 Francesco FERRARA, *Teoría del negocio illecito nd diritto civile italiano,* 2* edidén, Soviet! Edi-

trice Librada, 1914, 54. 117 Giovanni Batista BERRI, *Ordine pubblico, buon easttune e la teoría del conntrtto,* Giuffré, Milano,

1970, 198. 118 Giovanni Battista BERRI, *op. cit.* 119 Giovanni Battista BERRI, *op. dt,199.*

1=

lativas al trabajo y trabajadores; organización general del Estado; leyes relativas a la adquisición o pérdida de la nacionalidad; monetarias y fiscales; de salud pública y policía; de protección a los incapaces; sobre los principios sustantivos de la organización económica; las previstas como derechos y garantías individuales; leyes relativas a la sucesión””°. Salvo el caso del ejemplo relacionado con la Imposibilidad de constituir personas jurídicas distintas que señalan las leyes (que, en mi opinión, es un supuesto *de* objeto jurídicamente imposible), comparto esta clasificación, teniendo en cuenta que dentro de la misma se incluyen normas de orden público imperativas y también que no lo son, como es el caso de las normas de la organización de la familia (concretamente, las relativas a la celebración del matrimonio).

Doctrina francesa tradicional *decía,* con razón, que ”es preciso admitir que el orden público debe parte de su majestad al misterio que lo rodea””. En efecto, sobre el concepto de orden público se han dado variadas definiciones. Punto de partida forzoso es que no debe entenderse este concepto en la ”acepción sorriente, que alude a la tranquilidad de la calle, a la regularidad de la vida cotidiana’’’. Ha sido común asimilar el concepto de imperatividad al de orden públicom. Es por eso que no se duda en expresar que el orden público es un ”conjunto de disposiciones imperativas’. Sin

120 Guillermo LOHMANN LUCA DE TEMA. *op. cit.,* **306.**

121 René JAPIOT citado por Julio LEZANA, *El* orden *público. Los actos del demente anteriores a su de-*

claración, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, 8. En este mismo orden *de* Ideas, se sostiene que ’puede la ley de orden público ser caracterizada mas no definida’ (Luis DE GASPERI y Augusto MORELIA, *Tratado de Derecho Civil Teoría general de los hechos y actos jurídicos,* Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1964, 564). **122** Manuel ARAUZ CASTEX, *Derecho Civil,* Parte General, tomo I, Cooperadora de Derecho y

Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1974, 110. El autor afirma que ”en el sentido téanco en que estamos empleando los vocablos a que estamos refiriéndonos, ’orden” equivale a categoría, *clase;* y ”público” alude a lo propio del pueblo, de la nación, de la sociedad entera. En la fiase, ”el matrimonio es una institución de orden público”, por ejemplo, la expresión está usada con propiedad y significa que el matrimonio es una institución que está por encima del mero Interés de los contrayentes, así como se afirma que es de otro ”orden, pues interesa a

toda la sociedad” *(cit.).*

123 Así, Fernando VIDAL RAMIREZ, *op. cit.,* 55 y en *Orden público y nulidad virtual del acto jurídi-*

co, en Tratado de Derecho Título Preliminar; Universidad de Lima, **1990, 230. 124** Marcial RUBIO CORREA, *Mido Preliminar, en Biblioteca Para leer el Código Civil,* volumen III,

Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1986, roo. En doctrina argentina, en este mismo sentido, se afirma que las leyes de orden público son las leyes imperativas” (Guillermo A. BORDA, *Manual de Derecho Civil,* Parte General, lo’ Edición Actualizada, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1986, **44).**

embargo, se ha observado que ”una disposición no es de orden público, porque aparezca como imperativa o prohibitiva, sino lo contrario””5. Así, ”el orden público funciona antes que la norma imperativa; es lo genérico, es la concordancia con un sistema que no solamente es normativo sino también ideológico. Este se manifiesta a través de normas imperativas”’.

En efecto, el concepto de norma imperativa debe ser identificado con el de norma insustituible por la voluntad de los particulares, mas no debe ser, necesariamente, asimilado al concepto de orden público. El carácter de ineludibilidad (o de insustituibilidad) de una norma no coincide, forzosamente, con la idea de orden público’’’. Por ejemplo, el articulo 1328 del Código Civil contiene una norma imperativa que expresa que todas las estipulaciones sobre exoneración y limitación de la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien este se valga son nulas. Dentro del ámbito de la categoría de las normas imperativas se distinguen, las normas prohibitivas, las cuales establecen un impedimento y las preceptivas, que establecen un mandato. Pueden absolver tanto intereses privados como intereses públicos12. El articulo 242 del Código Civil, inciso 2, contiene una norma de orden público en la cual se establece que no pueden contraer matrimonio entre si los consanguíneos en linea colateral dentro del segundo y tercer grados. Sin embargo, se prescribe que, en el caso del tercer grado, el juez puede dispensar este impedimento cuando existan

125 José LEÓN BARANDURÁN, *op. cit,* 42.

126 Guillermo LOHMANN LUCA DE TEN& *Reforma del Título Preliminar del Código Crvil, en Re-*

forma del Código Civil peruana Doctrina y propuestas, INDEJ-Gaceta Jurídica, Lima, 1988, 61. Particular atención merece quien, aun aceptando la diferencia entre normas Imperativas y normas de orden público, *hace* depender la existencia de las segundas en función de las primeras cuando afirma que ’hay normas imperativas que encuentran su justificación en los principios fundamentales sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico del Estado y la tutela a los intereses generales de la colectividad G..) el orden público está constituido por aquellas normas imperativas que salvaguardan principios Jurídicos y éticos fundamentales del ordenamiento’ (Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE, *op. cit., roo).* 127 Loris LONARDO, *pubblico e illiceitd del contrito, ESI,* Napoli, 1993, 137. El autor propo-

ne que toda estructura normativa impone un propio y definido orden que deriva *de la* organización de un cierto modelo ético, político, Institucional y económico (en una palabra: social) por medio de reglas previamente dispuestas y que, además, es necesario tomar conciencia del hecho de que, si los fundamentales criterios reguladores se obtienen principalmente del conjunto de valores normativos, el orden público no puede considerarse agotado en su genérica previsión *(op. cit..* 337).

Laura Di BONA, Cristina DE CICCO, Lanfranco FERRONI y Águila VILEILA, *op. cit.,* 135.

motivos graves. En esta última disposición, como puede verse, está ausente el carácter de ineludibilidad o inevitabilidad.

Se observa que el orden público es el conjunto *de* ”principios fundamentales y de interés general (aunque no se trate de normas concretas) sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico de un determinado Estado en su aspecto de derecho coactivo, o sea, a observarse inderogablemente por todos, porque consta de normas imperativas o prohibitivas (perfectas)” Por ello, el orden público, más que de normas concretas, resulta de principios cuyo reflejo constituyen las normas jurídicas. En este mismo sentido, se afirma que ”el orden público indica los principios de base de nuestro ordenamiento sociar”.

Un sector tradicional de la doctrina argentina afirma que ”el orden público resulta de un conjunto de principios de orden superior, políticos, económicos, morales y algunas veces religiosos, a los cuales una sociedad considera estrechamente vinculada la existencia y conservación de su organización social establecidaa 13’. En este mismo sentido, se observa que orden público ”es el conjunto de principios eminentes —religiosos, morales, políticos y económicos— a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida’’’.

Para otro sector de la doctrina argentina, el orden público ”está constituido por el conjunto de normas, principios e instituciones que regulan la vida jurídica de la sociedad en el ámbito del derecho privado y que se

129 Francesco MESSINEO, *op. cit.,* 480. 130 Massimo BIANCA, *op. cit.,* 584. 131 Raymundo SALVAT, *Tratado de Derecho Civil argentino (Parte General), y* edición, librería y

Casa Editora de Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1931, 129. 132 Jorge Joaquín LLAMBIAS, *Tratado de Derecho Civil,* Parte General, tomo I, Ir Edición, *actua-*

lizada por Daniel RAFF0 BENEGAS, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1986, 158. En este mismo sentido cuando se afirma que el orden público es ’un conjunto de principios estructurales de la organización de una sociedad” (Afilio Aníbal ALTERINI, *Derecho Privado,* 2 edición actualizada, Primera reimpresión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, 81) también se sostiene que pertenecen al orden público ”aquellos principios de orden superior que constituyen los basamentos del orden jurídico de un Estado. Esto es, el conjunto de principios excelsos, de orden moral, religioso, político y económico, que forman los pilares en

que se asienta la organización jurídica de un Estado y que se vinculan al modo de la vida social digna que los individuos quisieron asegurar al organizarse jurídicamente" (César Augusto ABELENDA, *Derecho* Civil, Parte General, tonto I, Astrea, Buenos Aires, 1980, 109).

350

consideran imprescindibles para su mantenimiento y progreso'. El orden

público "no siempre actúa como fuerza represiva, inhibitoria, respecto del individuo, sino que actúa también para vitalizar la norma, adecuándola al momento en que se la aplica, o para desecharla como lastre cuando impide el progreso, o para impulsar al órgano encargado de mantenerla actualizada a realizar su función"'°.

En esta misma orientación, se entiende por "orden público" a los principios de orden superior, que constituyen nuestra organización política y social, dentro de la cual son esenciales135. El artículo V del Título Preliminar del Código Civil habla de acto jurídico contrario a las leyes que interesan el orden público. En efecto, cuando en este artículo se establece la nulidad por actos contrarios al orden público, el legislador ha entendido este concepto como sinónimo de imperatividad. Por consiguiente, al haber normas de orden público que no implican, necesariamente, que sean insustituibles, debería reformularse el tenor de este artículos°.

El concepto de orden público se modifica continuamente en la medida que evoluciona la sociedad. Es por eso que se le entiende como un "modelo societario definido por el derecho en un determinado momento histórico de evolución de *sus* valores"sr. En otras palabras, el orden público está compuesto por los principios (no solo jurídicos sino sociales, económicos y morales, entre otros), sobre los cuales *se basa* la organización y estructura de la sociedad.

Al lado del concepto estático del orden público límite a la autonomía privada, debemos considerar el concepto dinámico del mismo, entendido

133 134

135

136

137

Julio LEZANA, ***op. dt.,*** *lo.* Julio LEZANA, ***op. 14.*** El autor agrega que 'hay que tener en cuenta que, en muchos casos, lo que interesa al orden público es negar la validez del acto mientras subsistan las condiciones que llevan a negarle esa eficacia. Pero modificadas las

drcunstancias, la conveniencia de reconocer el hecho consumado, de aceptar las consecuencias de lo que a pesar de todo sucedió, vuelve a imponerse, puesto que hasta puede suceder que ya no esté en juego el orden público" (cit., 25).

Frangois GENY, *Medzode d'interpretarían et sources en dro ft privé positif,* Librairie Maresq Ainé Chevalier-Maresq & Cie. Editeurs, Paris, 189Y, 326. Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil establece en su articulo 7 que 'son inválidos, total o parcialmente, los actos contrarios a normas imperativas o prohibitivas, al orden público o a las buenas costumbres. La ley determina la sanción aplicable:

Loris LONARDO, *op.* cit. 389.

como una obligación *de* un Estado Promotor de la satisfacción de las *necesidades* de sus integrantes. Un ejemplo en el ámbito legislativo lo encontramos en la Constitución italiana, cuyo artículo 3, segundo párrafo, establece que «es misión de la República remover los obstáculos de orden económico y social, que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desenvolvimiento de la personalidad humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política y social del pais".

Así, se sostiene que el orden público dinámico "se sustancia de principios y de directivas intermedias respecto a ellos para iluminar la norma hasta los límites de su componente axiológico" y «admite nuevos espacios de creatividad individual que, en vez de prescribir comportamientos y pretender comparaciones más o menos rígidas entre supuestos de hecho abstractos y supuestos de hecho concretos, indica las finalidades de la acción o los criterios que encaminan su aceptación"138.

Debemos cambiar la conceptualización del orden público de *ardo ordinatus* (orden establecido e inmutable) a *ordo ordinans* (orden con "una capacidad coherente de dirección hacia la finalidad del ordenamiento")139. Dentro de esta filosofia, se alinea la intervención del Estado a través del Instituto de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) "al remover los obstáculos" que permiten una sana y libre contratación sin ningún tipo de discriminación.

5. Sobre la aplicación en la experiencia jurídica nacional del principio del orden público dinámico

Punto de partida del caso que se va a comentar"' fue la publicación, *en* diversos medios de comunicación, por parte de INDECOPI, del aviso titulado "¿Discriminación en locales abiertos al público?", de fecha 19.04.98. En dicha publicación, INDECOPI no solo recuerda la obligación de trato igua-

138 Loris LONARDO, op. *cit.,* 346. 139 Loris LONAPDO, *op. cit.,* 28. 140 Sobre el particular, permítaseme remitir a Juan ESPINOZA ESPINOZA y Hugo SIFUENTES DO-

MENACK *¡Vamos a la discoteca, chonta! en Diálogo con la Jurisprudencia,* año 5, *N° 11,* Gaceta Jurídica, Lima, 1999.

litario a los consumidores en el mercado, sino que además intenta, en pocas líneas, delimitar el contenido de la tan socorrida muletilla ”nos reservamos el derecho de admisión”.

Con anterioridad a dicha publicación, el Sistema de Apoyo al Consumidor del INDECOPI”’ habla recibido diversas denuncias telefónicas, que fueron ratificadas a través de informes periodísticos en diferentes medios de comunicación, lo que solo hacía reiterar un secreto a voces por todos conocido. Aparentemente, en algunos lugares públicos de Lima, como restaurantes, discotecas, *pubs* y cafés, se discrimina no solo en el ingreso sino, también, a través de en un trato diferenciado a los clientes por criterios inadecuados, entre otros, por razón de su raza o de su aparente condición socioeconómica.

Dentro del marco descrito, INDECOPI inicia un procedimiento de oficio a fin de confirmar las denuncias interpuestas e inicia una serie de visitas de inspección con el fin de determinar en qué lugares y en qué medida se realizaban actos de discriminación. Posteriormente, INDECOPI recibe la denuncia de la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC) por hechos similares a los expuestos. En agosto de 1998, luego de comprobar los hechos demandados, la Comisión de Protección al Consumidor de INDECOPI decide sancionar a cada uno de los cinco locales que persistían con sus prácticas discriminatorias con una multa ascendente a 20 UITs (Unidad Impositiva Tributaria) y 20 días de clausura temporal. Las cinco empresas apelaron la resolución de la Comisión, elevándose el expediente al Tribunal de INDECOPI.

Paralelamente, una de las empresas involucradas interpuso una acción de amparo contra INDECOPI para de poner fin a la ”amenaza cierta de violación a su libertad de contratación”. En Primera Instancia, el juez respectivo declaró infundada la acción de amparo. No obstante ello, con fecha 2 de octubre de 1998, la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público declaró fundado el amparo decidiendo que ”el INDECOPI se abstenga de practicar publicaciones y realizar actos, inspecciones, investigado-

141 Los datos sobre el procedimiento seguido por INDECOPI han sido tomados de las diversas re-

soluciones de la Comisión de Protección al Consumidor, las cuales forman parte del expediente 180-1998/C.P.C. y son recogidas por el Documento de Trabajo N• 003-1998-AEE, publicado por el INDECOPI en el Diario Oficial el 27.11.98.

_ .- ,

nes, procedimientos y/o imponer sanciones que contengan o se sustenten en la calificación y regulación al libre ejercicio del derecho de contratación y determinación de las personas con quienes la demandante [...I decida prestarles su servicio".

La *ratio de* esta decisión la podemos encontrar en el siguiente pasaje

"que ►a existencia de una política de discriminación no puede comprobarse mediante la simple constatación en la vía administrativa, sobre hechos relacionados a consumidores individuales, que no representan necesariamente la integridad de un grupo social determinado, más aún si este fenómeno social está relacionado a un derecho fundamental *de* la persona, que no le corresponde conocer al aparato administrador, pues, de conformidad con el artículo 65 de la Constitución, la defensa del consumidor y usuario está referida al derecho de información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado, así como a la salud y seguridad *de* la población; consecuentemente, tal norma no le asigna al Estado en su parte administrativa la protección de derechos fundamentales constitucionales, que están reservados por su trascendencia, necesidad de discusión e independencia al Poder judicial a través de *sus* órganos competentes, lo cual se corrobora con lo Dispuesto en el Decreto Legislativo N. 716, Ley de Protección al Consumidor, cuyo artículo s1 señala que, en caso de patrocinio de intereses difusos a favor de los consumidores, INDECOPI debe recurrir al Poder Judicial".

Sobre el particular, creo importante renli7ar las siguientes aclaraciones:

a) Resulta intrascendente que el acto que lesione los derechos de los

consumidores no represente "necesariamente la integridad de un grupo social determinado". Se debe sancionar este tipo de actos independientemente del *quantum* de los mismos. b) La interpretación restrictiva que se le da al artículo 65 de la Cons-

titución no solo es asistemática sino, también, anticonstitucionaL Este precepto tiene que ser leído conjuntamente con el artículo 3 del mismo cuerpo legislativo, que consagra constitucionalmente la técnica del *numerus apertus* en lo que a protección de los derechos de la persona se refiere. Es por ello que resulta del todo inaceptable que, por un lado (artículo 3), se tutele integralmente a la persona

y, por otro (artículo 65), se entienda una tutela restringida (cayendo en la absurda conclusión —de la que al parecer son autores los vocales que han suscrito esta decisión— que *existe* una tutela diferenciada para las personas y para los consumidores)". c) Si bien es cierto que el hecho que motiva esta decisión es un caso

típico de intereses difusos43, la interpretación que se hace al artículo 51 de la Ley de Protección al Consumidor es inexacta por cuanto la vía judicial no es la única para proteger este tipo de intereses: también el INDECOPI en vía administrativa lo puede hacer.

En respuesta a ello, con fecha 28.12.98, se promulgó la Ley N° 27049, en la cual se precisó el derecho de los ciudadanos a no ser discriminados, adicionándose a la Ley de Protección al Consumidor el artículo 7-B, que prescribía que los proveedores no podrán establecer discriminación alguna respecto a los solicitantes de los productos y servicios que los primeros ofrecen en locales abiertos al público'''. Con lo cual —al menos al nivel legislativo— se ha dado punto final al problema de la discriminación en las discotecas. En la actualidad, el art 38 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N° 295701, del 01.09.10 establece lo siguiente

142

143

144

Autorizada doctrina sostiene que "la dimensión del consumo está englobada en aquella de la posición social y, por consiguiente, confluye en el debate sobre la defensa de los valores de la persona y sobre la ciudadanía entendida en sentido lato" (Cuido ALFA, II *diritto dei consuinatori,* Latan, Roma-Bar!, 1995, VIII). Cfr. Ana María ARRARTE AR1SNABARRETA, *La defensa procesal de los intereses difusas,* en eí *Praxis,* N' 24, Urna, 1994, 121 y ss. La autora afirma que, 'cuando el interés pertenece a un número Indeterminado de personas [...I, podernos decir que nos encontramos ante un *interés* difuso, es decir, es extenso, amplio y pertenece a un número indeterminado de personas, pero no por esto es un interés débil o abstracto; se trata de un interés cierto y el hecho de que pertenezca a lodos en general y a nadie en particular" no lo debilita" *(op. cit.,* 23). En este numeral se agrega que «está prohibido realizar selección de clientela, excluir a

personas o realizar otras prácticas similares sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas. La carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado o, de ser el caso, a quien lo represente en el proceso o a la administración cuando esta actúe de oficia Acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada le corresponde al proveedor del bien o servido. Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y justificada, le corresponde a quien alegue tal hecho probar que esta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias. Para todos estos efectos será válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios’:

”38.1 Los proveedores no pueden establecer discriminación alguna por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole, respecto de los consumidores, se encuentren estos dentro o expuestos a una relación de consumo.

38.2 Está prohibida la exclusión de personas sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otros motivos similares.

38.3 El trato diferente de los consumidores debe obedecer a *causas* objetivas y razonables. La atención preferente en un establecimiento debe responder a situaciones de hecho distintas que justifiquen un trato diferente y existir una proporcionalidad entre el fin perseguido y el trato diferente que se otorga”.

En lo que a carga de la prueba se refiere, el art, 39 establece que:

”La carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado cuando el procedimiento se inicia por denuncia de este o a la administración cuando se inicia por iniciativa de ella. Para acreditar tal circunstancia, no es necesario que el afectado pertenezca a un grupo determinado. Corresponde al proveedor del producto o servicio acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada. Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y razonable, le corresponde a la otra parte probar que esta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias. Para estos efectos, es válida la utilización de indicios y otras sucedáneos de los medios probatorios”.

Una peligrosa aplicación del principio de orden público dinámico la podemos encontrar en materia de una (pretendida) discriminación al mercado de crédito. Los hechos son los siguientes. La señora Reynoso solicitó su afiliación a la ”Tarjeta Ripley” en julio de 1999, brindando *sus* datos personales, copia de su documento de identidad y de su tarjeta de crédito CIVIR. Dos semanas después le fue denegado el crédito y se le informó que su nombre no habla ingresado al sistema, debido a que domiciliaba en un distrito ”no verificable”, por lo que se encontraba Sra de la pauta de crédito. Este hecho fue probado con una cinta magnetofónica que aportó la señora Reynoso. El 12.0839, la señora Reynoso denunció a Ripley y a Colocadora (empresa que realizó la calificación del crédito) ante la Comisión de Protección al Consumidor por discriminación, señalando que al evaluar

su solicitud de crédito no se tuvo en consideración su condición crediticia ni sus ingresos, sino que se limitaron a evaluar el lugar de su residencia y se denegó su solicitud porque domiciliaba en el distrito de La Victoria. La denunciante agregó que el distrito de residencia era una manera de calificar la condición socioeconómica de una persona y que, por tanto, Ripley había cometido un acto discriminatorio en su contra. Por su parte, Ripley y Colocadora manifestaron que no se había efectuado trato discriminatorio alguno contra la señora Reynoso, puesto que la denegatoria de su solicitud de crédito respondió a una política de evaluación objetiva de créditos de consumo, ofreciéndose en prueba un documento titulado ”Políticas generales del crédito de consumo”. Debido a que FtipleY no se encargó de evaluar el crédito, en Resolución Final N. 747-2000-CPC, del 01.12.00, la Comisión declaró improcedente la demanda respecto de Ripley. Asimismo, declaró infundada la denuncia presentada por cuanto nd quedó acreditada la existencia de un trato discriminatorio por parte de Colbcadora, estimando que los requisitos exigidos por esta empresa para la aprobación de créditos ”para solicitantes con domicilio en el distrito de La Victoria responden a criterios objetivos”. En efecto, se afirmó que:

”debe distinguirse entre dos mecanismos distintos que pueden ser utilizados por los proveedores para restringir el acceso de su ”público objetivo” a sus establecimientos. Uno de dichos mecanismos es el trato <diferenciado; el otro es el trato discriminatorio. Mientras que el primero es lícito siempre que exista una razón objetiva que lo justifique; el segundo es en esencia ilícito. En efecto, la utilización de un trato diferenciado para la selección del público objetivo por parte de las empresas no constituye por sí mismo un mecanismo ilícito en tanto que este puede encontrarse sustentado *en* razones objetivas y justificadas. Por el contrario, el trato discriminatorio si constituye un mecanismo ilícito en tanto que, en este caso, no se permite el acceso a un determinado segmento de la población a determinados bienes o servicios por razones meramente subjetivas e injustificadas’:

Al respecto, se agregó el caso concreto del mercado de crédito que:

”la aplicación de una política crediticia determinada por parte de una entidad financiera no implica necesariamente que la negativa en el

otor-

gamiento del crédito responda a la comisión de un acto de discriminación y que, por tanto, el proveedor deba *ser* considerado responsable del mismo. Por el contrario, la respuesta lógica y natural al incumplimiento de determinados requisitos establecidos por el proveedor para el otorgamiento del crédito será la no aprobación del mismo y no la determinación *per se* de un acto de discriminación por la negativa en el acceso a dicha línea de crédito.

En este orden de ideas, la evaluación crediticia de los solicitantes de un crédito debe realizarse atendiendo a criterios objetivos que no conlleven una afectación a los *derechos* de los consumidores, pero que permitan al proveedor brindar él servicio reduciendo sus riesgos y, también como es natural, *sus* costos. Estos criterios suelen ser, entre otros, los ingresos, bienes, antecedentes crediticios, antigüedad laboral, entre otros. No obstante ello, la Comisión considera que el proveedor podría tomar en cuenta elementos adicionales a fin de evaluar la condición económica de la persona a quien le otorga el crédito, siempre que estos sean objetivos.

Finalmente, debe también considerarse que sancionar per *se* cualquier denegatoria al otorgamiento de un crédito originado por el incumplimiento de alguno de los requisitos exigidos por la empresa financista como un acto discriminatorio implicaría obligar a las empresas a otorgar un tratamiento igualitario a todos los solicitantes, incluso a aquellos que importan mayor riesgo crediticio, elevando así el costo del crédito para todos los clientes como categoría (o reduciendo su bienestar agregado, lo que es lo mismo), lo que constituiría un efecto no deseado de la intervención del Estado en el mercado de créditos de consumo".

Respecto del comportamiento del proveedor, la Comisión entendió que:

"Conforme a lo señalado por Colocadora, la razón objetiva que sustentaría dicha clasificación sería que el Indice promedio de morosidad e incumplimiento en el pago de los créditos otorgados en dichos distritos (en el cual está incluido La Victoria) es muy alto, lo cual generaría que las gestiones de verificación y cobranza en las zonas consideradas como "Zona Roja", generaran mayores costos".

La Comisión concluye apreciando que:

Capítulo VI: La autonomía privada

”Resulta lógico suponer que, debido al mayor porcentaje promedio de morosidad existente en un determinado distrito, las empresas establezcan restricciones adicionales que conlleven a limitar el acceso a los productos o servicios ofrecidos sin que ello implique necesariamente la práctica de conductas discriminatorias.

En tal sentido, es pertinente precisar que, si bien dichas limitaciones Importan la aplicación de medidas restrictivas para la evaluación crediticia de los potenciales clientes de una empresa, ello no significa que esta distinción sea efectuada de forma arbitraria. De este modo, el proveedor tendrá que acreditar cuáles son las razones que justifican la adopción de dichas restricciones.

En el presente caso, la señora Reynoso presentó los medios probatorios que acreditarían la existencia de un trato diferenciado por parte de Colocadora en relación con los clientes que habitan en el distrito de La Victoria.

Por su parte, Colocadora presentó los medios probatorios que, a juicio de la Comisión, acreditan que la decisión de adoptar mayores restricciones en el otorgamiento de la tarjeta *de* crédito Ripley a los potenciales clientes de La Victoria obedece a razones objetivas y justificadas, tales como el alto promedio de morosidad en comparación con otros distritos existentes al momento de adoptar la decisión de restringir el otorgamiento de los créditos de su empresa.

Conforme a lo señalado en el artículo 7-B de la Ley de Protección al Consumidor, si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y justificada respecto a un trato diferenciado, le corresponde a quien alegue las prácticas discriminatorias probar que esta es, en realidad, un pretexto o una simulación para incurrir en dichas prácticas.

Sin embargo, durante el desarrollo del procedimiento, y luego de presentada la información por parte de Colocadora, la señora Reynoso no ha cumplido con remitir los medios probatorios que acrediten que las razones argüidas por la denunciada para restringir el acceso a la tarjeta de crédito Ripley a los dientes de la Victoria constituirían un pretexto o una simulación para incurrir en dichas prácticas”.

Importante en esta decisión fue la prueba de Colocadora de acreditar que se emitieron tarjetas de crédito Ripley a usuarios que vivían en La Vic-

toriaus, advirtiéndose que ’de dicha información se desprende que el hecho de que un consumidor domicilie en un distrito que puede ser considerado ’riesgoso o costoso’ por Colocadora no lo descalifica inmediatamente como sujeto del crédito Ripley: En efecto, la aplicación de las restricciones ’no constituye un hecho *per se* discriminatorio, sino únicamente una señal de alerta en su proceso de aprobación de créditos para requerir mayor información crediticia al diente a fin de que sustente su afiliación”:

En sentido contrario se pronunció la Sala de Defensa de la Competenda del Tribunal de la Sala de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, que, con fecha 08.08.01, revocó la resolución de la Comisión, entendiendo que Ripley también era infractor de la Ley de Protección al Consumidor y que sí se había configurado un supuesto de discriminación. Respecto del primer punto se sostuvo que: ”Tiendas por Departamentos Ripley S.A. debía ser considerada como parte en el procedimiento toda vez que, por las circunstancias donde se desenvuelven los hechos, los consumidores trasladarían su confianza a esta última empresa debiendo esta responder frente a ellos ante algún incidente”.

Se fundamenta esta decisión, afirmando que:

”Una de las formas por la cual un consumidor obtiene información sobre un producto o servicio es a través de su marca. Este signo llega a convertirse en un elemento relevante, sino determinante, en la decisión de los consumidores al momento de adquirir un bien o contratar un servicio

Dentro de este contexto, un consumidor razonable entendería que, en caso solicitara un crédito, estaría entablando una relación obligacional con Ripley. Para el consumidor, quien le ofrece el servicio de aédito es Ripley; en caso de obtener el crédito, quien respondería ante alguna irregularidad sería Ripley. Sería a esta empresa a quien los consumidores trasladarían su confianza al momento de solicitar el servido de crédito.

Si bien en la solicitud de afiliación o de crédito aparece en el extremo superior derecho el logo de la empresa Colocadora, ello no desvirtuarla

145 Al 19.08.90, contaban con una cartera de 4,600 afiliados al sistema de Ripley en el distrito de La

Victoria, de los cuales 1,500 se mantenían con un saldo activo.

la impresión que se llevaría este consumidor razonable al momento de aplicar a este sistema de crédito. Incluso cabe mencionar que, en esa misma solicitud, en el extremo superior izquierdo aparece también el logo que identifica a Ripley".

Sin embargo, en el aspecto relativo a la discriminación, con el voto dirimente del Presidente de la Sala, se sostuvo que:

"no ha quedado acreditado, en el presente caso, que las empresas denunciadas hayan adoptado para con la señora Reynoso una política diferenciada basada en causas objetivas y justificadas al momento de rechazarle el acceso al sistema de crédito Ripley al no existir constancia de haberle requerido elementos adicionales como *sus* boletas de pago o al no haber quedado acreditado fehacientemente que se realivaron visitas a su domicilio ni a su centro de trabajo, labor que normalmente realizan".

No obstante la decisión, la Sala precisa que:

"El otorgamiento de un crédito es precisamente uno de los servicios que por sus propias características requiere la satisfacción de elementos adicionales por parte de los solicitantes a los que normalmente requeriría otro servicio. El proveedor pondría a disposición del solicitante una línea de crédito a fin de que este realice consumos con cargo a dicha cuenta, los que deberán ser cancelados de acuerdo a la forma pactada. Evidentemente, existe un riesgo para el proveedor del no repago oportuno del crédito, al encontrarse en una desventaja informativa respecto del solicitante, por lo que resulta razonable que vaya a exigirle el cumplimiento de una serie de requisitos que le otorguen el respaldo que necesita que evidentemente variarán según el caso particular, dada la heterogeneidad de los potenciales sujetos de crédito. Si bien esos requisitos seguramente serán más exigentes, deben estar igualmente basados en criterios objetivos".

Se agregó que:

"En este caso, la señora Reynoso domiciliaba en una zona clasificada como roja cuando presentó la solicitud del sistema de crédito Ripley, con lo cual existían razones objetivas y justificadas para requerir de otros elementos para determinar si se le otorgaba o no el crédito.

Sin embargo, en el presente caso, **no ha** quedado acreditado **fehacientemente que, posteriormente a que la denunciante** haya llenado su salid. **tud, las empresas denunciadas le hayan requerido** mayor información **o documentación para definir si se le daba** acceso al sistema de crédito Ftlpley. **En efecto, las denunciadas afirman que luego de verificar** que la señora Reynoso domiciliaba en el distrito de La Victoria, calificada como zona roja, se le requirió que presentara algunas boletas de pago para verificar **sus ingresos, requerimiento que habría sido** efectuado al momento que se le **entregó la tarjeta de cartón similar a la** tarjeta 111pley. No obstante, **la denunciante afirma que nunca se le** entregó esa tarjeta de cartón y que menos aún **se le requirió la presentación de** boleta de pago alguna al momento **de suscribir la solicitud o en algún otro** documento':

Para la Sala, "la política adoptada por las empresas denunciadas para otorgar el sistema de crédito Ripley" se basa en razones "objetivas y justificadas que permiten realizar un trato diferenciado a la señora Reynoso". Sin embargo, se considera que "no ha quedado acreditado que se le hayan continuado exigiendo requisitos de carácter objetivo cuya falta de presentación haya originado la negativa al sistema de crédito Ripley". En efecto, la Sala entiende que "el derecho a no ser discriminado es un derecho individual, que no está supeditado a que anteriormente otros no lo hayan sido': Resulta oportuno citar la principal *ratio decidendi* de la Sala:

"En el caso bajo análisis, la denunciante ha presentado indicios de que ha sido víctima de discriminación por residir en La Victoria y la empresa ha señalado razones objetivas que fundamenten el pedido de información adicional a los residentes de este distrito, pero no para negar la opción de crédito. Sin embargo, la empresa no ha acreditado que en el caso de la demandante haya pedido dicha información adicional. Si bien esto podría haber sido por negligencia y no por discriminación, el mandato legal no puede interpretarse *de tal* manera que obligue a comprobar fehacientemente que el motivo del trato diferenciado ha sido indubitablemente la discriminación, pues sería ineficaz para cumplir el bien Jurídico que busca proteger. En tal sentido, debe entenderse que el mandato legal de no discriminar requiere que las empresas no solo adopten politicas que no sean discriminatorias, lo cual sí ha sido acreditado por la denunciada, sino que también las empresas efectivamente

cumplan con dichas medidas, lo cual no fue acreditado en el ***presente***

procedimiento" (el subrayado es mío)

146

Es importante señalar que tres vocales de la misma Sala **votaron en discordia** en el sentido que se confirme la resolución de la **Comisión en el extremo** referido a la discriminación, partiendo de la premisa que "no queda acreditado qué es lo que sucedió exactamente?: por cuanto "cada parte ha alegado una versión distinta de cómo habrían ocurrido los hecho? Su fundamento es el siguiente:

"Teniendo en cuenta las características del servicio que se encuentra en análisis y considerando que no existe certeza sobre los hechos ocurridos, en segundo lugar debe recurrirse a aquellos elementos que constituyan indicios sobre lo que podría haber ocurrido para finalmente llegar a una conclusión sobre la base de los mismos.

Consideramos que se presentan dos elementos claves que nos han permitido arribar a la posición inicialmente planteada. El primero *de* ellos es el procedimiento detallado por las empresas denunciadas que tienen establecido y siguen al momento de analizar a un posible sujeto de crédito Ripley (el requerir información básica, el haber dividido los distritos de Lima y las áreas qué los componen en zonas que varían de acuerdo al riesgo que significa para ellas y, en el supuesto de que la persona solicitante domicilie en una "zona roja", requerir mayor documentación, entre otro tipo de requerimientos que efectúan para, de alguna manera, equilibrar la asimetría informativa en que se encuentran las prestadoras del servicio). Las denunciadas manifiestan que para el caso

146 Esta resoludón fue suscrita por el Presidente de la Sala (quien ejerció su voto dirimente) y un

vocaL Sin embargo, un tercer vocal emitió un voto singular, en el cual, respecto de la discriminación, coincidiendo con el sentido, difiere en los fundamentos. Así, respecto de las negativas telefónicas a la señora Reynoso, opina que 'es importante destacar que tal respuesta le fue proporcionada por tres representantes de la empresa en tres momentos distintos, representantes que, además, se encontraban entrenados para atender al público en relación con estos y otros temas. Las

conversaciones que la señorita Reynoso sostuvo, que se encuentran grabadas y obran en el expediente, no dejan lugar a dudas en el sentido de que se informó que su pedido no había procedido por razón de la ubicación de su domicilio en el distrito *de* La Victoria: Se agrega que `la secuencia de los hechos, a criterio del suscrito, acreditan que la tarjeta que le fue ofrecida a la denunciante al momento de suscribir la solicitud le fue negada —única y exclusivamente— por domiciliar en el distrito de La Victoria, sin que ello tenga relación alguna con sus ingresos u otros criterios objetivos, lo que determina un tido *de* discriminación que debe ser sancionado" (el subrayado es mío).

363

de la señora Reynoso aplicaron, como en cualquiera de los otros casos, este procedimiento, lo que resulta razonable, más aún (y este constituye el segundo elemento relevante a nuestro criterio) si se tiene en cuenta que existen más de 4,500 personas que domicilian en La Victoria y a quienes si se les brindó el acceso al crédito Ripley.

En efecto, ha quedado acreditado en el procedimiento que el domiciliar en La Victoria y ser sujeto del crédito Ripley no constituyen situaciones incompatibles. Estos indicios refuerzan la conclusión de que existe un procedimiento establecido por las empresas denunciadas que siguen antes de otorgar el crédito, el mismo que se prosiguió en este caso, al igual como en los muchos otros casos de posibles clientes con domicilio en La Victoria.

Los elementos indiciarios nos señalan que no hubo discriminación razón, por lo cual nuestro voto es porque se confirme la resolución apelada *en* ese extremo:*

Estas contradictorias decisiones me generan los siguientes comentarios:

a) Respecto de la responsabilidad administrativa de Ripley, comparto

la decisión de la Comisión, por cuanto, si bien en el encabezado del contrato de solicitud de crédito firmado por la señora Reynoso se consignan los logotipos de Ripley y Colocadora, en la parte final del mismo se indica lo siguiente: ”reconozco que es derecho exclusivo de Colocadora S.A. aprobar o rechazar mi solicitud de crédito y que, en ninguno de los casos, los antecedentes o formularios presentados me serán devueltos”. En verdad, cuesta entender los parámetros de medición de los miembros de la Sala respecto del concepto del ”consumidor razonable”. En efecto, ellos sostienen que ”un consumidor razonable entendería que, en caso solicitara un crédito, estaría entablando una relación obligacional con Ripley. ¿Qué consumidor es más razonable? ¿Quién lee en su contrato de crédito que Colocadora va a hacer la evaluación del mismo? ¿Quién a mérito de un logotipo hace que Ripley también responda respecto de una calificación de crédito que no hizo, de lo cual se informó oportunamente al solicitante? Desde mi punto de vista, la responsabilidad administrativa frente a la (eventual) discriminación

corresponde solo a Colocadora. Ello, porque fue informado al solicitante y, por tanto, el parámetro del ”consumidor razonable” debe ajustarse al consumidor que ha leído su solicitud de crédito. Esto quiere decir que la responsabilidad administrativa de Colocadora se dará a propósito de la aprobación (o no) del crédito y la responsabilidad administrativa corresponde a Ripley una vez que se entable la ”relación obligacional con Ripley”. Cuesta, además, entender cómo puede entablarse una relación obligacional con Ripley si es que previamente Colocadora no ha calificado el crédito. Es importante distinguir una cláusula que limita la responsabilidad (y que sería riula) de una cláusula que delimita el objeto del contrato (y que es absolutamente válida)147. En este supuesto, estamos frente al Segundo caso: la obligación de Ripley surge después de la calificación del crédito. b) Respecto de la pretendida discriminación, también prefiero la de-

cisión de la Comisión y de la minoría de los miembros de la Sala. El problema, principalmente, se ha centrado en la evaluación de las pruebas ofrecidas por las partes. A criterio de la Comisión y de la minoría de la Sala, no quedó acreditada la discriminación. Por el contrario, la mayoría de la Sala estimó que se había acreditado la discriminación y advirtió: ”Si bien esto podría haber sido por negligencia y no por discriminación, el mandato legal no puede interpretarse de tal manera que obligue a comprobar fehacientemente que el motivo del trato diferenciado ha sido indubitablemente la discriminación, pues sería ineficaz para cumplir el bien jurídico que busca proteger”. En verdad, podría discutirse si se trató de una infracción de la Ley de Protección al Consumidor (vigente en ese entonces) por la idoneidad o calidad del servicio (artículo 8 del Decreto Legislativo Na 716, Ley de Protección al Consumidor) o por la información (artículos 5, inciso b) y 15 de la

147 Sobre esta problemática en materia de cajas de seguridad, perrnítaserne remitir a Juan ESPI-

NOZA ESPINOZA, *La responsabilidad civil de los bancos en el servicio de cajas de seguridad* en *Derecho,* Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, No So, diciembre, 1996, 315. Este mismo artículo fue publicado y actualizado conjuntamente con Alessandro GNANI, bajo el titulo La *responsabilita delle banche nel servicio delle cassette di sicurezza, en Responsaban& civile e previdenza,* año LXIII, fasdculo 6, Giuffré, Milano, 1998, 1317.

Ley de Protección al Consumidor). Y es que aquí se revela la inseguridad (e inconsistencia) de la decisión de los miembros de la ”mayoría” de la Sala. En efecto, si el motivo fue la negligencia, se habría configurado una infracción en materia de idoneidad o information. Si el motivo fue la discriminación (cosa que —como se ve — para nadie quedó fehacientemente acreditada, salvo para el vocal que emitió el voto singular), se debió aplicar el artículo 7-B de la Ley que estoy comentand lo. En la actualidad, el derecho a la idoneidad de los consumidores está regulado en el art. 18 y el derecho a la información, en el art. 2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N. 29571, del 01.09.10.

A mi modo de ver, el error se inició desde el planteamiento de la denuncia debió haberse interpuesto icor infracción de idoneidad (o en todo caso de información); pero no por discriminación (principalmente por no contar con una prueba consistente). En cambio, las pruebas aportadas por Colocadora han sido suficientes para acreditar que tenían criterios objetivos de selección.

Es imposible sancionar por otras causales cuando solo se invocó la discriminación. Al no configurarse esta, aunque se hubieran configurado las otras causales (idoneidad, calidad o información), no cabría sancionar por discriminación al proveedor, salvo que se hubiese encausado oportunamente el procedimiento.

No debe olvidarse que el mercado en donde se está calificando la discriminación es un mercado de crédito (totalmente distinto al de consumo, como se presentó en las discotecas). En ello la opinión de los miembros de la Comisión y de la Sala (mayoría, minoría y votante singular comprendido) fue unánime. Por ello, el derecho a diferenciar puede asumir matices más acentuados (sin que con ello se llegue a discriminar). Una respuesta como la dada por la mayoría de la Sala, ante la inconsistencia de la prueba de la discriminación, es una mala señal en el mercado de crédito, por cuanto se revela como una (cuanto menos) indebida intervención dentro de la política de crédito de una institución financiera que, a su vez, generará un encarecimiento de los costos en este segmento. En efecto, como autorizada doctrina italiana sostiene, si se impusiese irrestrictamente el principio de la igualdad, ”la autonomía privada quedaría completamente destruida, por los limites

absurdos que se acabarla por poner a la libertad de contratar, de testar, *de* disponer'.

Por ello, el concepto *de* orden público dinámico, que está siendo asimilado por la Jurisprudencia administrativa del INDECOPI, debe ser interpretado y actuado por los operadores jurídicos de manera muy prudente: a veces los cambios que generan efectos de impacto inmediato no nos dejan ver las (verdaderas) consecuencias que, a largo plazo, se podrían presentar.

6. Buenas costumbres: ¿es necesaria su distinción con el orden público?

Las buenas costumbres constituyen la adecuación de la conducta humana a las reglas de la moral dentro de un contexto social determinado.

La noción de buenas costumbres "es la expresión sintética de un conjunto de principios de orden moral que se imponen respecto de los particulares y que integran, especifican y desarrollan los principios éticos puestos como fundamento del orden constituido y del ordenamiento jurídico""9. Sin embargo, se advierte "una suerte de ósmosis entre los dos conceptos y, ulteriormente, la incertidumbre en la calificación de muchos supuestos concretos, en los cuales resulta dudoso el reclamo a las buenas costumbres o, viceversa, al orden público'.

Las buenas costumbres son entendidas como "los cánones fundamentales de honestidad pública y privada a la luz de la conciencia social"151. También se las conceptúa como: " los principios morales corrientes en un determinado lugar, en un determinado momento. No se asume como norma de las buenas costumbres la moralidad *en sentido abstracto,* deducida de principios de razón, sino la que la opinión común, vigente en un *determinado* "ambiente", considera y practica como tal la denominada *ética social.* De esta manera, es menor el número de los negocios inmorales de lo que sería si se

148 Pleito RESCIGNO, *Persona e comalia Saggi di diritto privato,* CEDAM, Padova, 1987, 351-352. 149 Laura DI BONA, M. Cristina DE CICCO, Lanfranco FERRONI y Agua VILELLA, *op.* cit, 188. 150 Laura DI BONA, M. Cristina DE CICCO, Lanfranco FERRONI y Aquila VILELLA, *op. cit,* 189. 151 Massimo BIANCA, *op. cit.*

asumiese como criterio de valoración un concepto más rigor-fallen. Y, como las costumbres cambian *de* una época a otra y de un lugar a otro, puede ser inmoral, hoy en día, lo que no se consideraba inmoral ayer, y viceversa; o bien, una cosa es considerada inmoral en un país y no en otro. Por tanto, el concepto de negocio inmoral es eminentemente *relativer52.*

Por otro lado, se sostiene que por buenas costumbres ”se ha de entender los hábitos inveterados *de* la sociedad que sean conformes con la moral del Código. La moral extra-Código está exenta de la autoridad de los magistrados’.

Un sector de la doctrina nacional entiende que las buenas costumbres son las costumbres (jurídicas) que tienen el juicio de valor de buenas. Así, a propósito de lo dispuesto por el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, se afirma que la expresión *buena costumbre* requiere tres calificaciones: que sea una *costumbre jurídica;* que pueda ser cualificada como *buena; y,* además, que el acto jurídico materia de análisis sea *contrario a* tal buena costumbre jurídica”-154. Desde mi punto de vista, se incurre en error cuando se pretende que exista un punto de convergencia entre la costumbre jurídica (entendida como norma jurídica) y las buenas costumbres. El concepto de costumbre al que se refieren las buenas costumbres corresponde a un hábito socialmente aceptado (que no constituye fuente de derecho, como la costumbre jurídica) y que *merece el* calificativo de bueno por adecuarse a las reglas de la ética de una sociedad determinada’.

iliri

152 Francesco ~NEO, *op. cit.,* 4E1. Así, se sostiene que ”la calificación del pacto, para decidir si

se conforma o no a las buenas costumbres, corresponde al juez. Pero su apreciación no puede ser la propia, subjetiva, personalísima; pues ello conduciría a soluciones arbitrarias. El juez tiene que hacer una compulsa serena de los sentimientos o ideas generales dominantes para inspirarse en el criterio general de hombre de bien. No puede primar su opinión propia, que podre pecar por original, extravagante, ora excesivamente intemperante, rigurosa, ora excesivamente tolerante y liberal. La apreciación tiene que hacerse con carácter social, de acuerdo al standard general de manera de comportarse de las gentes de buena conducta de una colectividad” (José LEÓN BARANDIARÁN, *op. cit.,* 43-44). Por ello, cuando una norma sanciona con nulidad los actos contrarios (a las leyes que interesan) a las buenas costumbres, ”la

norma jurídica no define qué es lo que se entiende por buenas costumbres, decoro, decencia, pudor, compostura, sino que se remite a lo que dispongan las costumbres que estén vigentes sobre estas materias (Luis RECP,SENS SICHES, *Introducción al Estudio del Derecho,* Porrúa, México DI, 1981,106). 153 Luis DE GASREM y Augusto MORELIA *op.* 154 Marcial RUBIO CORREA, *op. cit,* 103. 155 Así, cuando se sostiene quede las costumbres, hábitos img, nos referimos a las bue-

nas, o sea, que son morales (el subrayadd *es* mío) (Manuel ARAUz CASTE)C, *op, cit,* 195).

No objeto que el sustrato común entre la buena costumbre y la costumbre jurídica resida en la habitualidad de ambas; pero mientras la primera se ciñe a los valores morales, la segunda es un tipo de norma jurídica, calificación que no ostenta la primera, por cuanto una presupone la estructura **de** poder que la hace obligatoria y la otra no. Aceptar lo contrario haría difícil la explicación acerca de cómo es que la costumbre jurídica (que ya tiene el. juicio de valor de la *opinio iuris necessitatis,* vale *decir, que* ya fue entendida como buena y justa dentro de su entorno social) sea calificada nuevamente como buena. Asimismo, originaría serias dificultades para entender la diferencia y articulaciones entre la costumbre *secundum legan y* la buena costumbre'No obstante, ¿tiene sentido hablar de una costumbre mala o buena conforme a ley o que un acto jurídico sea contrario a una mala o buena costumbre *secundum legem?* En mi opinión, son distintos los escenarios en que se desenvuelven las costumbres jurídicas y las buenas costumbres y sería un error confundirlos: la costumbre jurídica es una norma jurídica, mientras que la buena costumbre es la adecuación de la conducta a las reglas de la moral.

Si se entiende al orden público como un conjunto de principios sobre los cuales se basa la estructura y funcionamiento de la sociedad y a las buenas costumbres, como la adecuación de la conducta humana a las reglas de la moral, es forzoso llegar a la conclusión de que la relación entre ambos es de género a especie. Así, no se encuentra justificación para que se mantenga la autonomía conceptual de las buenas costumbres frente al orden público, por cuanto aquellas están subsumidas en este. Ello se pone de manifiesto si se hace un análisis del tenor del artículo V del Título Preliminar del Código Civil. En efecto, como lo ha señalado un sector de la doctrina nacional'57, se pueden inferir los siguientes supuestos:

a) *Es* nulo el acto jurídico contrario a las normas que interesan al or-

den público. b) *Es* nulo el acto jurídico contrario a las normas que interesan a las

buenas costumbres.

156 Aunque la doctrina nacional que vengo citando las entiende como sinónimas (Marcial RUBIO

CORREA. *op. cit.,* 92).

157 Marcial RUBIO CORREA, *op. cit.*

Advirtiendo que la redacción del artículo V Título Preliminar del Código Civil es equívoca, *se* sostiene que, en materia de buenas costumbres: ”puede entenderse de dos formas: la primera sería ”es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan a las buenas costumbres”; la segunda «es nulo el acto jurídico contrario a las buenas costumbre?. El significado de ambas lecturas es completamente distinto; porque, en la primera alternativa sería necesario que la buena costumbre esté recogida en una norma legal, en tanto que, en el segundo, la buena costumbre adquiere autonomía normativa y no será necesario que se halle recogida expresamente en la legislación”.

Comparto la posición que sostiene que la interpretación correcta es la última’59. En efecto, no se justifica porqué el orden público (concepto más amplio y general) deba pasar por el tamiz del reconocimiento de la norma jurídica y no el de las buenas costumbres (que forma parte del mismo). Sin embargo, creo necesario precisar que, partiendo desde la perspectiva que el concepto de buenas costumbres está subsumido dentro del concepto de orden público (y, por consiguiente, deviene en totalmente prescindible), bastaría con la fórmula que ”es nulo el acto jurídico contrario a las normas que interesan al orden público”.

7. Sobre la invalidez y la ineficacia. Nulidad, anulabilidad e inexistencia

La validez es el momento estático del negocio jurídico y se configura cuando el mismo cuenta con todos *sus* elementos esenciales (agente, objeto, fin y formalidad, si se trata de un acto *ad solemnitatem).* La eficacia es el momento dinámico del mismo y se configura como consecuencia de la validez, al producirse los efectos jurídicos del negocio.

La invalidez se configura por una patología de los elementos esenciales del negocio o por presentarse un vicio en la manifestación de la voluntad (error, dolo, intimidación y violencia). La ineficacia se produce por la no configuración de efectos jurídicos del negocio.

158 Marcial RUBIO CORREA, *op. cit.*

159 Marcial RUBIO CORREA, *op. cit.* También comparte esta interpretación Feriando VIDAL

RAMIREZ, *Orden público y nulidad virtual del acto jurídico, cit.,* 249.

Capítulo VE La autonomía privada

El negocio jurídico, en su aspecto fisiológico, tiene dos momentos, el de validez, en el cual se estudia su estructura'6° (en el cual se analizan principalmente, sus elementos —denominados esenciales), y el de eficacia, en el que se estudia los efectos jurídicos del naismo161. La regla general es que un negocio jurídico válido produzca efectos jurídicos, vale decir, sea eficaz. Sin embargo, nos podemos encontrar frente a casos de negocios jurídicos válidos pero ineficaces, como el supuesto del negocio jurídico sometido a condición suspensiva, o frente al caso de negocios inválidos, pero eficaces, como el supuesto del (denominado) matrimonio putativo, regulado en el art 284 cc. 162 donde el matrimonio Invalidado produce efectos jurídicos (como si se tratase de un divorcio) con respecto al cónyuge que lo contrajo de buena fe.

Por consiguiente, en su momento patológico, el negocio jurídico puede atravesar por una invalidez, que es definida como una "irregularidad jurídica'', del negocio «que implica la sanción de la ineficacia definitiva': advirtiendo que «tal sanción puede ser automática o de aplicación judicial"163, o por una ineficacia, que se entiende como la no producción de efectos jurídicos o, como sostiene un sector de la doctrina nacional, como "la calificación negativa por parte del ordenamiento jurídico respecto a un comportamiento humano que evidencia intereses no merecedores de tutela'''.

160

161

162

163 164

Asf, se sostiene que la estructura negocia' está conformada por el complejo de las relaciones entre los elementos ylos requisitos, la cual está conceptualizada en una situación estática. Por lo demás, este aspecto negocia} es parte de un proceso jurídico unitario en donde existe una estrecha relación y unión sucesiva" (Rómulo MORALES IIERVIASanexistencia *y nulidad analizadas desde el punto de vista de los derechos italiano, español y peruano, en Revista del Foro,* N• 1, año Colegio de Abogados de Lima, 1991 43).

Se sostiene, con razón, a propósito del contrato (que no deja de ser un negocio jurídico) que la eficacia es una noción distinta respecto de la de validez. El contrato válido es el contrato que responde a las

prescripciones legales (...). La eficacia del contrato se refiere a la producción de *sus* efectos. De esta diversidad de nociones, se colige que la invalidez no importa siempre la ineficacia del contrato" (Massimo BLANCA, *op. cit,* 496-497). Este prescribe que 'el matrimonio invalidado produce efectos civiles respecto de los cónyuges e hijos si se contrajo de buena fe, como si fuese un matrimonio válido disuelto por divorcio.

Si hubo mala fe en uno de los cónyuges, el matrimonio no produce efectos en su favor, pero si respecto del otro y de los hijos.

El error de derecho no perjudica la buena fe" Massimo BLANCA, *op. cit.,* 573. Rómulo MORALES HERVIAS, *op. cit.*

Doctrina nacional define a la invalidez como la privación ’de tutela jurídica a efectos típicos y consustanciales a la especie negocial jurídicamente tutelados, o porque hay un vicio que deriva de la propia estructura del pego- do, o ***de sus*** elementos, o de específicas disposiciones legalee165. Se advierte que la invalidez pasa a ser entendida como un mecanismo de tutela y ya no como una sanción”166. Para autorizada doctrina italiana, en opinión que comparto, dentro de la categoría de la invalidez, se encuentran la nulidad, la anulabilidad y la rescindibilidad’67.

La nulidad es un supuesto específico de la categoría de la invalidez que se configura por una patología de los elementos esenciales del negocio jurídico.

La *nulidad* ”es la forma más grave de invalidez negociar e ”importa la definitiva *inidoneidad* del acto para producir efectos”i68. Sin embargo, esta no excluye que el negocio ”pueda ser relevante frente a terceros y que pueda producir efectos entre las partes”’9. La nulidad puede ser total o parciar.

165 Guillermo LOHMANN LUCA DE TENA, *op. cit., 518.* 166 Rómulo MORALES HERV1AS, *Estudios sobre Teoría General del Contrato, 541.* 167 Massimo BLANCA, *op. dl.,* 574. 168 Massimo BLANCA, *op. cit.,* 576. 169 Massimo MANCA, *op. cit.,* 593. 170 La primera parte del artículo 224 del Código Civil establece que «la nulidad de una o más *de* las

disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables°.

Sobre el particular, se afirma que *’del* texto citado se pueden inferir dos proposiciones lógicas interdependientes: que la nulidad parcial viene siendo considerada como la regla general en nuestro sistema de ineficacias y que ella se verificará solo cuando la disposición o disposiciones afectadas por la nulidad sean separables.

En lo que concierne a lo primero, se confirma que nuestro ordenamiento jurídico positivo está inspirado en el aludido principio de conservación del negocio jurídico, que, como es conocido, tiende, en la medida de lo posible, a proteger los intentos prácticos de los particulares salvándolos de la sanción de ineficacia. Este es un punto importante en la decantación de los lineamientos rectores de nuestro sistema y que servirá eventualmente como punto de apoyo para una deseable construcción dogmática.

Con respecto a lo segundo, conviene aclarar, de acuerdo al propio criterio, cuál es el significado del término *separable* en nuestra codificación civil.

Particularmente, pensamos que la idea de separabilldad es fácilmente reconduable a la Idea de prescindibilidad, expuesta por nosotros como requisito central de operatividad de la nulidad parcial, Para ello, debemos asumir que la separabilidad de cierta parte del contenido implica que esta no va a afectar la función objetiva-esencial que cumple el negocio concreto en el contexto

Cap Rulo VI: La autonomía privada

La anulabilidad es un supuesto específico de la categoría de la Inva-

lidez que, no obstante el acto cuente con todos *sus* elementos esenciales, se configura un vicio de la voluntad.

La *anulabilidad* es aquella forma de invalidez que somete al negocio «a la sanción de ineficacia de aplicación judicial”’”. Se sostiene que el negocio anulable «es provisionalmente productivo de sus efectos; pero es susceptible de ser declarado ineficaz mediante sentencie’n.

Para el Código Civil peruano, la rescindibilidad es un supuesto de ineficacia y no de invalidez. Así, en el art. 1370 c.c., se establece que «la rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de su celebración’: El art. 1447 c.c. admite la configuración de la pretensión rescisoria por lesión solo en el caso de aprovechamiento de estado de necesidad, mas no de peligro’”. Si entendemos que la nota característica de la anulabilidad *es* la de contener un vicio de la manifestación de voluntad (sea por error, dolo o intimidación) ¿acaso no se puede decir lo mismo respecto de una persona que, en estado de necesidad, ha tenido que manifestar una voluntad, seguramente no coincidente con su voluntad interna? Máxime cuando observamos que la lesión, por ejemplo, se presenta como una causal coetánea a la formación del acto, al igual que la anulabilidad. Por ello, suscribo plenamente la posición que sostiene que la rescindibilidad debe ser entendida como

social. En síntesis, la separabllidad es la consecuencia directa del juicio de prescindibilidad, efectuado sobre el parámetro de la función objetiva que el especifico tipo de negocio desempeña en el contexto jurídico-social. Los otros requisitos enunciados en nuestro tratamiento, es decir, la nulidad de un punto específico en un negocio unitario y la no existencia de voluntad contraria de los sujetos, se encuentran inmersos respectivamente en el texto del artículo aludido cuando señala el marco de actuación de la figura materia de tratamiento a través de la expresión *nulidad de una o mis de las disposiciones y en* la propia esencia de la nulidad parcial enfocada como expresión del principio de conservación (Eric PALACIOS MARTINEZ, *Contribución a la teoría de nulidad parcial del negocio jurídico, en* Thárnis, segunda época, N’ 38, Lima, 1998, 54 171 Massimo BLANCA, *op-. cit.,* 603. 172 Massimo MANCA, *op.* 173 El cual establece que ”la acción rescisoria por lesión solo puede ejercitarse cuando la despro-

porción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro. Procede también en los contratos aleatorios, cuando se produzca la desproporción por causas extrañas al riesgo propio de ellos".

373

un supuesto de invalidez y no de ineficacia del acto jurídico`" ya que se trata también de un vicio de voluntar.

Dentro de la categoría de la ineficacia, entre otros supuestos, se encuentra la resolución, la cual, según el art. 1371 c.c., "deja sin efecto un contrato por causal sobreviniente a su celebración': El segundo párrafo del art 1440 c.c. admite la posibilidad de la resolución de un contrato por excesiva onerosidad de la prestadón1j6. Otros supuestos de ineficacia pueden ser los actos que el representante realiza en exceso de *sus* funciones, violando *sus* facultades o los actos *del falsus procurator (art 161 c.c.),* los actos que realizan los representantes de una asociación antes que esta sea inscrita (art. *77* c.c.), entre otros. Quizá el siguiente cuadro nos ayude a ubicar cada uno de estos supuestos:

174 En sentido contrario, sostiene que la rescisión es un supuesto de Ineficacia funcionar, Laudo

TABOADA CORDOVA, *Nulidad del acto Jurídico,* 2• edición, Grijley, Lima, 2002, 32.

175 Leyssex LEÓN HILARIO, *Apuntes sobre el papel de la vohrntad en los negocios Jurídicos (con* espe-

cial *referencia a los contratos), en Estudios sobre el Coritrato en General,* selección, traducción y notas de Leysser LEÓN HILARLO, 2• edición, ARA Editores, Lima, 2004, 934. 176 El artículo completo prescribe que "En los contratos conmutativos de ejecución continuada,

periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos atraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al Juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidacL

Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas".

Capítulo VE La autonomía privada

á

La inexistencia es la no configuración del negocio jurídico que, a diferencia de la invalidez, no produce ningún tipo *de* efecto jurídico.

Una clásica doctrina entendía que la expresión negocio inexistente era absurda, afirmando que ”ahí donde no hay una casa o una mesa ¿decimos que nos encontramos frente a una *casa* o una *mesa* inexistente?”’”. Frente a ello, se contesta, en posición que comparto, que no se debe concebir esta categoría en un contexto ”espacio-temporal”, sino que su uso se debe insertar ”en un discurso en el cual la presencia de una cosa haya sido (explícita o implícitamente) objeto de afirmación, o al menos, de duda”178. Por ello, ”es necesario que haya habido una actividad entre particulares vinculada en alguna medida a esquemas negociales tomados como referencia’.

El negocio nulo es un ”particular modo de ser del negocio, con propias características de disciplina y de eventual (y excepcional) eficacia’. Mientras la inexistencia se desenvuelve en el plano del ”no ser”, la nulidad es un ”modo de se?’ del negocio’’’. En este sentido, se afirma que, ”puesto que la falta de uno de los elementos necesarios para su formación *es* bastante para que el acto inexistente no tenga vida, de ello se sigue que desde el punto de vista de la eficacia, se traduce *en* una ausencia total de efectos jurídicos. No habiendo llegado a penetrar en el campo del derecho contractual para obtener su reconocimiento jurídico, es evidente que queda fuera del cuadro legal y sus efectos jurídicos tendrán la misma suerte’’’.

Otro sector de la doctrina prefiere hablar de ”irrelevancia”183. La diferencia entre invalidez e inexistencia se da en que la primera se traduce en una calificación negativa y la segunda en una no La catego-

177 Alfredo FEDELE, La *invalidits1 del negarlo giuridico di Diritto Privato,* G. Giappichelli, Torino,

1943,75. 178 Andrea BELVEDERE, *L'inesistenza negoziale tra dogmatica e semantica, en* AA *VV. L'invalidita*

degli atti privad, CEDAM, Padova, 2001, 6. *179 Andrea* BELVEDERE, *op. cit,* 6 y 7. 180 Andrea BELVEDERE, op. *cit.,* 10. 181 Andrea BELVEDERE, *op. cit.,* 11. 182 Georges LIjTZESCO, *Teoría y práctica de las nulidades,* 7' edición, traducido por Manuel RO-

MERO SÁNCHEZ y Julio LÓPEZ DE LA CERDA, México D.F. 1991 175.

183 Así, Laura DI BONA, M. Cristina DE CICLO, Lanfranco FERRONI y Águila VIIELL4. *cit,* 7. 184 Lina BIGLIAZZ1 GERI, *L'interpretazione del contracto,* Giuffré, Milano, 1991, **20.**

375

ría de la invalidez debe distinguirse de la inexistencia, que ”está más allá de la nulidad: *es* inexistente el contrato o el acto que no es identificable como tal, pues carece del mínimo esencial que permite hablar de un cierto evento como de contrato o de acto unilateral. La importancia de la distinción entre nulidad e inexistencia se encuentra en lo siguiente: el contrato o el acto inexistente no produce aquellos efectos limitados que [...] el contrato o el acto nulo producen’’’.

Este debate se repite en la doctrina nacional. Por un lado, se subsume el concepto de inexistencia en el de nulidad, al precisar que ”lo nulo, del latín *nullus,* viene a ser lo que no es o le falta valor y fuerza para tener efecto. Esta acepción llevada a su significado jurídico nos da la idea de la ineficacia y la invalidez absolutas y, de ahí, a la idea de lo nulo como algo inexistente jurídicamente, esto es, a la inexistencia del acto o negocio, pero no ala negación de lo que existe como un hecho que se ha producido. De ahí, también, que lo nulo solo implique una inexistencia jurídica’”. También se sostiene que ”los casos que en otros sistemas se consideran de inexistencia, entre nosotros, son de nulidad”187. Se advierte ”la fragilidad filosófica en que se sustenta la teoría de la inexistencia. Si la inexistencia es la nada, es imposible imaginársela; solo sería virtualmente posible definirla no a través de ella misma, sino como carente de que es el ser. Tampoco puede ser enfocada desde un género próximo y diferencia específica, porque la nada no puede ser confrontada sino con lo que es. Pero la inexistencia jurídica no es tan inexistencia, porque no se respalda en negaciones y porque los actos supuestamente inexistentes pueden generar consecuencias de alguna especie”Iss.

Me suscribo a la posición en la cual se afirma que ”razones técnicas justifican mantener la inexistencia como figura autónoma: únicamente el negocio nulo puede ser salvado mediante *su* conversión en otro negocio válido o mantenido como putativo, como es el valor de la letra nula como recono-

185 Francesco GALGANO, *El negocio jurídico,* traducido por Francisco BLASCO GASCO y Lorenzo

PRATS ALBENTOSA, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, 261. 186 Fernando VIDAL RAMIREZ, *El Acto Jurídico, cit.,* 498. 187 *Marcial* RUBIO CORREA, *Nulidad y anulabilidad,* en *La invalidez del acto jurídico,* en *Biblioteca*

Para leer el Código Civil, volumen IX, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, lima, 1989, 25.

188 Guillermo LOHMANN LUCA DE TEMA. *no. cit.*

cimiento de deuda en el primer caso y la validez del matrimonio nulo del cónyuge de mala fe en el segundo caso. Se requiere, entonces, de una figura extrema que impida toda posibilidad de convalidación y esa figura es la de la inexistencia del negocio jurídico"1". La autora agrega que'pese a que el Código Civil no ha considerado expresamente la figura de la inexistencia, esta puede ser invocada en aquellos casos en que, no siendo de aplicación ninguna de las hipótesis del artículo 219, el negocio jurídico no pueda ser aceptado como tal. De otra forma y aplicando la misma lógica formalista, se llegaría al absurdo de considerar al negocio inexistente por su naturaleza, como un negocio válido, al no estar incluido en alguna de las hipótesis del artículo 219'9°. La autora afirma que el inc. 1 del art. 219 c.c. es un supuesto de inexistencia, por cuanto no cabe la conversión de un acto jurídico en el cual no ha habido manifestación de voluntad. Se pronunció en este mismo sentido, el 63 Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Lima, con resolución N° 44, del 27.09.05 (Exp. 23111-2002), argumentando que:

"Siendo que el acto jurídico, tal como se encuentra establecido en nuestra legislación —artículo 140 del Código Civil-, es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, faltará la manifestación de la voluntad del agente cuando falte tanto la voluntad declarada como la voluntad de declarar, situación que configuraría, como se ha señalado, una ausencia de acto o negocio jurídico. Este impasse es superado en nuestro medio a través de un ejercido de ficción, mediante el que se entiende que los supuestos de falta total de manifestación de voluntad -que en realidad constituyen inexistencia de acto jurídico- son asemejados dentro de nuestro *sistema* normativo a los supuestos de nulidad del mismo".

Se define a la inexistencia como "el hecho irrelevante (invalidez formal) y a la nulidad negocial como el supuesto de hecho relevante e inválido (invalidez normativa del negocio)"191. Autorizada doctrina nacional recurre a la figura de la inexistencia en el supuesto del artículo 1359 cc. Así, "si se

189 Shoschana ZUSMAN T1NMAN, *Teoría de la invalidez y la ineficacia,* en *et Verlas,* año IV, N•

7, 1993, 161. 190 Shoschana ZUSMAN TINMAN, *op. cit.,* 162. 191 Rómulo MORA! HERVIAS, *op. cit.,* 55.

hubiera declarado que es nulo el contrato cuando las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, habría surgido la duda respecto a la probabilidad de que el acto jurídico, aunque inválido, hubiera existido como supuesto de hecho capaz de producir efectos secundarios, diferentes o negativos, que es una de las posibles manifestaciones de nulidad"197. Se advierte que "nuestro Código Civil, al menos en la parte relativa a los contratos en general, ha sido muy poco riguroso al emplear los conceptos de "existencia", "validez" y "eficacia". Es evidente que, tal como lo hace el artículo 1359, el artículo 1360 debe entenderse referido a la existencia del contrato. Ahora bien, esto quiere decir que el contrato no se forma en el momento en que se estípula la reserva, ya que, eventualmente, solo se formará en el futuro, cuando aquella se haya satisfecho"193. En atención a todas estas consideraciones, es imperativo distinguir la inexistencia, que es la no configuración del acto, de la invalidez'", que se da por una patología de los elementos esenciales del mismo o por un vicio en la voluntad. La inexistencia implica que no hay ningún efecto jurídico, cosa que no puede decirse del acto inválido.

Tradicionalmente, al referirse a la nulidad, se ha esgrimido el aforismo romano *"quod nullum est, nullum producit effectum".* Sin embargo, esta regla no se aplica siempre. Con razón se ha afirmado que esta regla "no tiene una aplicación inflexible"195. Para demostrar esta afirmación, señalaré las siguientes coordenadas legislativas:

a) El artículo 220 del Código Civil establece que la nulidad "puede

ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público" y que "puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta". De ello se desprende que, si se configura un acto atacado de nulidad, pueden darse las siguientes posibilidades:

192 Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE, *El Contrato en general, Comentarios a la Sección Primera*

del Libro VII del Código Civil, volumen XI, tomo 111, primera parte, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998, 390.

193 Hugo FORMO FLOREZ, *La oferta al público: razones para una discrepancia, en Derecho, Revista*

de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N°45, Lima, diciembre 1991, 222.

194 En este mismo sentido, laico CIEZA MORA, *Las ineficacias negociales: su importancia en la nuli-*

dad de acuerdos en materia civil y soctetaria. Un enfoque jurisprudencia?, en Revista Peruana de Jurisprudencia, Editorial Normas Legales, Año 8, N° 63, Trujillo, mayo 2006, 165.

195 José LEÓN BARANDIARÁN, *op. cit.,* 367.

fi.

ji’.

1. Que las partes no se exijan entre sf el cumplimiento del acto

(hecho que no produce efectos jurídicos).

Que una de las partes haya cumplido con realizar lo acordado en el acto afectado de nulidad y la otra no (frente a lo cual, la parte afectada puede —o no reclamar lo que le corresponde). Que ambas partes hayan cumplido con ejecutar el acto afec-

tado de nulidad. El hecho de que el acto jurídico afectado de nulidad no produ7ra efectos jurídicos depende, inicialmente, de las partes196. Si existe discusión respecto de la producción (o no) de dichos efectos, interviene el juez, declarando dicha nulidad. La resolución judicial de la nulidad tiene efectos *ex tunc* (o sea, retroactivos a la fecha de celebración del acto)19’ yen posición que comparto plenamente’, tiene naturaleza constitutiva_ b) Abona esta interpretación el art. 2001.1, que establece que, trans-

curridos diez años, prescribe la acción de nulidad del acto jurídico. La excepción a esta regla la tenemos en el art 276 c.c. que establece que la acción de nulidad de matrimonio no caduca. Ello quiere decir que transcurridos los diez años, no obstante se pueda invocar judicialmente la pretensión de nulidad del acto jurídico, existe una alta contingencia que esta pretensión no sea acogida199.

196 Así, aunque inicialmente se sostenga (en posición que no comparto) que ”no se requiere pro-

nunciamiento judicial que declare que el acto es nulo”, se afirma que ’si hubiera disputa entre las partes acerca de si el acto es o no nulo, corresponderá al Juez resolver sobre el particular, no pronunciando su nulidad, pero si reconociéndola o constatándola” (José LEÓN BARANDIAR(N, *op.* cié. 364). 197 Así, se sostiene, con razón, que ”puesto que la acción mira a impedir o destruir los efectos nego-

ciales, se puede notar de ello mismo que cuando se interpone la acción, tal vez los efectos prácticos pueden haberse obtenido íntegramente, parcialmente, o quizá todavía no se han producido ningún género de consecuencias prácticas ni Jurídicas típicas propias, porque, como dijimos. el negocio nulo produce efectos jurídicos como válido hasta la

sentencia judicial que lo sancione” (Guillermo LOHMANN LUCA DE TENA, *op.* ciL, 546).

198 Reynaldo Mario TANTALEÁN ODAR, La *nulidad del acto jurara y las incoherencias* en *su tra-*

tamiento, Ediciones Caballero Bustamante, Lima, 2010, 266.

199 Se observa que ”son muchos los autores que piensan —y con razón- que la nulidad absoluta no

debe prescribir. En el caso de simulación absoluta loa motivos para sostener esta tesis son más poderosos, pues no hay razón para que la falsedad jurídica se convierta con certeza válida por **el** transcurso de tiempo” (Guillermo LOHMANN LUCA DE *TENA, op. cit.,* 392).

En efecto, en este supuesto, frente a una pretensión *de* este tipo, la parte demandada puedeinterponer una acepción de prescripción extintiva (art. 446.12 c.p.c.) y el juez deberá ampararla. Solo si no es invocada la prescripción, podrá tener suceso la pretensión de nulidad del acto jurídico, porque ello implica una renuncia tácita a la prescripción ya ganada (art. 1991 c.c.) y el juez no podrá fundar su fallo en la prescripción si no ha sido invocada (art. 1992 c.c.). c) Se podrá criticar la severidad o injusticia de establecer un plazo

prescriptorio, convalidando, de esta manera, los actos afectados de nulidad; pero la seguridad en el tráfico jurídico así lo exige. Recuérdese que no solo los celebrantes del acto jurídico afectado de nulidad pueden solicitar la declaración judicial de nulidad; también está legitimado el Ministerio Público y el que tenga (no obstante la literalidad del art. 220 c.c.) legítimo interés.

En opinión que comparto, el adagio *quod nullum est, nullum producit effectum,* «notoriamente, reflejaba una idea de nulidad que se identificaba con la inexistencia’’’. Por ello, el acto jurídico afectado de nulidad produce efectos jurídicos precarios y dejará de hacerlo cuando haya una sentencia que lo declare como tal.

La diferencia entre el acto jurídico afecto de nulidad y el anulable no estriba en que uno no produce efectos jurídicos y el otro sí sino en las siguientes cuestiones:

a) El plazo de prescripción del acto afectado de nulidad es de diez

años y el del acto anulable es de dos años (art. 2001.4). b) La legitimación para pedir la declaración judicial de nulidad del

acto jurídico la tienen las partes afectadas, el que tiene legítimo interés y el Ministerio Público. En el caso de anulabilidad, la legitimación solo la tiene la parte afectada (art. 230 c.c.). c) En el acto afectado de nulidad cabe la conversión legal (como es el

caso de los arts. 703 y 1829 c.c.), en el acto anulable, la confirmación (art. 230 c.c.).

200 Massimo FRANZONI, *Dell’annullabilitá del contralto, Artt. 1425-1426,* Giuffra, Milano, 1997,

8. La nulidad del acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden

públicos (y a las buenas costumbres) en la jurisprudencia nacional

En materia de testamentos, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, con fecha 22.08.87 (Casación N. 87-96), ha establecido, frente a una cláusula testamentaria, en la que se dispone que la propiedad no podrá ser vendida por ninguno de los herederos ”en su acción y derecho y por fallecimiento de sus herederos asumirán los dos sobrevivientes y por fallecimiento de cualquiera de ellos asumirá definitivamente la propiedad, en su totalidad, el último sobreviviente para que lo posea libremente como propietario únicr, lo siguiente:

”debe señalarse que esta condición impropia que sujeta la transmisión de propiedad a la muerte previa de dos personas en beneficio de una tercera repugna al orden público y carece de toda validez y eficacia.

[...1 Que nuestro ordenamiento legal no puede tolerar la existencia de una disposición semejante que propenda a generar expectativas patrimoniales derivadas de que una persona muera con anterioridad a otra.

[...] Que, en *ese* sentido, la finalidad perseguida con dicha disposición testamentaria es ilícita, siendo de aplicación lo dispuesto en los incisos costroioz y °chozos del artículo doscientos diecinueve y doscientos

veinticuatro2” del Código Civir2”.

En efecto, se consideró ilícita (por atentatoria contra el orden público) la cláusula testamentaria, configurándose un supuesto de nulidad parciaL Resulta interesante la precisión que hace la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, con fecha 25.11.97 (Casación No 1021-96), al establecer que:

”el acto jurídico es nulo, además de otras causales, cuando es contrario a las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres tal

201 ASOCIACIÓN NO HAY DERECHO, *El Código Civil a través de la jurisprudencia casatoria,* tomo

U. Ediciones Legales, Lima, 2000, 49. 202 Que establece que es nulo el acto jurídico cuando su fin sea ilícito. 203 Este prescribe la nulidad

del acto jurídico *"en el* caso del artículo V del Título Preliminar, salvo

que la ley establezca sanción diversa: 204 Que regula la nulidad parciaL 205 ASOCIACIÓN NO HAY DERECHO, *op.* cit., 49-50.

como lo dispone el Inciso octavo del artículo doscientos diecinueve del Código Civil en concordancia con el articulo quinto del Título Preliminar del mismo Código sustantivo.

[...I Que, en la anotada causal sustantiva de nulidad, se fundamenta la limitación de la autonomía de la voluntad en razón *de* que los actos jurídicos se celebran contraviniendo normas imperativas que son la expresión del orden público; estas nulidades no operan automáticamente, sino que los jueces tienen la facultad de declararlas con el sustento de la norma imperativa contravenida por la autonomía privada; por lo general, estas nulidades están integradas a las normas prohibitivas provenientes del conjunto del ordenamiento jurídico" 206.

Estoy totalmente de acuerdo con la advertencia de que la nulidad surte efecto con la declaración judicial. Sin embargo, no comparto la opinión según la cual las normas imperativas (siempre) son la expresión del orden público, por cuanto, como ya se advirtió, se trata de conceptos independientes y pueden haber normas imperativas que no sean la expresión del orden público, así como normas de orden público que no tienen carácter imperativo.

Frente a un caso de venta de un bien *ajeno,* la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con fecha 25.11.97 (Casación N° 282-T-97), aplicó el principio de nulidad del acto jurídico contrario al orden público, fundamentando su decisión en el hecho de que "quien no es propietario de un bien, no puede disponer de él y vender un bien ajeno y el dueño no puede ser privado de su dominio, sin que medie su voluntad, porque la Ley no ampara el abuso del derecho *[sic]"207.*

En verdad, cuesta entender la referencia al principio del abuso de derecho, por cuanto la privación del derecho de propiedad es un acto ilícito que se reali7a sin el amparo de potestad jurídica alguna (dicho en otras palabras: sin derecho), mientras el abuso de derecho es el conflicto entre un derecho subjetivo y un legítimo interés. En este mismo sentido, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con fecha 28.09.99, cuando afirma que "resulta indudable que la venta de un bien ajeno, sin autorización o consentimiento de su verdadero dueño, es un contrato contra-

206 ASOCIACIÓN NO HAY DERECHO, *op. cit.,* 51-52. 207 ASOCIACIÓN NO HAY DERECHO, *op. cit.,* 54.

rio a las leyes que interesan al orden público, ya que tanto la Constitución derogada de mil novecientos setenta y nueve como la vigente garantizan el derecho de propiedad"8.

Confunde gruesamente el concepto del orden público (y buenas costumbres) con el carácter "continuo, pacifico y público" de la posesión (regulado en el art. 950 c.c.), la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con fecha 15.05.98 (Casación N° 1818-97), cuando afirma que:

la precariedad en el uso de inmuebles no se determina únicamente por la carencia de un título de propiedad o arrendatario; debe *entenderse* como tal la ausencia absoluta de cualquier circunstancia que permita advertir la legitimidad de la posesión que ostenta el ocupante obviamente en armonía con el orden público y las buenas costumbres; es con amplitud de criterio con el que se debe interpretar la norma contenida en el artículo novecientos once209 del Código Civil para su debida aplicación"21° (el subrayado es mío).

Otro significado alternativo que hace la jurisprudencia nacional del orden público es cuando lo asimila a la **noción de seguridad o tranquilidad.** Así, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con fecha 14.04.99 (Casación N° 2516-98), establece que:

"el orden público debe entenderse conforme a la doctrina imperante a aquella situación de normalidad en que se mantiene y vive un Estado cuando se desarrollan las diversas actividades individuales y colectivas sin que se produzcan perturbaciones o conflictos; así mismo lo caree-

208 ASOCIACIÓN NO HAY DERECHO, *op. ¿tirompa* 737. Dentro de la misma orientación, tam-

bién puede citarse la resolución de lecha 08.09.97 (Expediente N° 397-96), en la que se afirma que lino es por lo tanto jurídicamente posible ni lícito vender como propio un bien ajeno *(Diálogo* con la *jurisprudencia, año IV,* 9, Gaceta Jurídica, Lima, 1998, 181) y la resolución *de fecha* 20.03.96 (Expediente N• 693-95), que sanciona que `al haberse vendido bienes de ajena propiedad, el acto Jurídico resulta nulo por imperio de lo dispuesto por el artículo quinto del Título Preliminar del Código Civil y nulo también el instrumento que sirve para probarlo' (Marianella LEDESMA NAIMEZ, *Ejecutorias Supremas Civiles* (1993-1996), Legrima Editoriales, Lima, 1997, 393).

209 Este sanciona que la posesión precaria es la que se ejerce sin

título alguno o cuando el que se

tenla ha fenecido. 210 ASOCIACIÓN NO HAY DERECHO, ***op. cit.,*** tomo II, 55-56.

terina el conjunto de normas e instituciones cuyo objeto consiste en mantener en un país el buen funcionamiento de los servicios públicos, la seguridad y moralidad de las relaciones *entre* los particularessul.

Mientras que, en jurisprudencia administrativa se trabaja, principalmente, con el concepto *de* orden público dinámico, la jurisprudencia judicial (al igual que la doctrina) interpreta, de manera no uniforme, el orden público ”estático’: Es imperativo un diálogo entre los operadores jurídicos para homogenizar este concepto que se yergue como uno de los pilares fundamentales del Derecho.

211 ASOCIACIÓN NO HAY DERECHO, *op.* cit., 57.